

31
2ej

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO
EN EL ARTICULO 52 BIS 2, FRACCION II DE
LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
OLIVER ARANDA MOSQUEDA



MEXICO, D.F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 1 de septiembre de 1997.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E .

EL C. OLIVER ARANDA MOSQUEDA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. CARLOS DAZA GOMEZ su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ART. 52 BIS 2, FRACCION II DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES", con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO



UNIVERSIDAD NACIONAL
DE MEXICO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL
DR. RAUL CARIBANE Y RIVAS

C. DR. RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
PRESENTE

Por éste conducto me permito dirigirme a usted, para comunicarle que la **C. OLIVER ARANDA MOSQUEDA**, ha concluido la elaboración del trabajo de investigación denominado **“ ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 52 BIS 2, FRACCIÓN II DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.”** con número de cuenta 9367976-1, mismo que fue registrado en el seminario a su digno cargo y para lo cual fui designado asesor en la elaboración de dicha tesis.

Deseo manifestar que después de haber revisado el trabajo de referencia considero que el mismo reúne satisfactoriamente los requisitos que el reglamento exige para los de su tipo, por lo que me es grato enviarlo con mi voto **aprobatario** solicitando que en el caso de no existir inconveniente, tenga a bien autorizar su impresión.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi más alta y distinguida consideración.

Atentamente
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

DR. CARLOS DAZA GÓMEZ

CON DEDICATORIA ESPECIAL A MIS PADRES:

Manuel Aranda Jarero y Esmeralda Mosqueda Noguera

"Porque ambos me han apoyado en todo momento de mi vida, sabiendome educar de una manera correcta y haciendo que me de cuenta que todo en la vida cuesta, no hay nada sencillo, lo que ha hecho que aprenda a darle valor a las cosas, por lo que espero que hoy siempre estén orgullosos de mí y espero nunca defraudarlos"

Oliver Aranda Mosqueda.

CON DEDICATORIA ESPECIAL A MIS HERMANAS:

Leslie Aranda Mosqueda y Lizzette Aranda Mosqueda

"Por ser dos seres maravillosos con los que he compartido la mayor parte de mi vida, de una manera alegre siempre en armonía y con excesivo amor que siempre nos hemos profesado"

Oliver Aranda Mosqueda.

CON DEDICATORIA ESPECIAL A MI ASESOR:

Dr. Carlos Daza Gomez.

“De quien sin su atinada asesoria, no habria podido llegar a terminar la presente investigación y a quien agradezco profundamente el valioso tiempo que dispuso para tomarse la molestia de dirigir de una manera atinada y comprometida el estudio que expongo.”

Oliver Aranda Mosqueda.

CON DEDICATORIA ESPECIAL A MI UNIVERSIDAD

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México, por hacer de mí y de tantos miles de mexicanos, gente profesional y de provecho además al profesorado en general, así como a toda los integrantes de ésta Institución por todos los momentos gratos y enseñanzas que sembraron en mí y las cuales sabre cosechar.

Con ésta Tesis refrendare lo aprendido, para luchar por la justicia y la equidad en mi país, MÉXICO.

Oliver Aranda Mosqueda

**ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 52 BIS 2,
FRACCIÓN II DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES**

INDICE

Introducción	i
Capítulo Primero. Marco Histórico del Derecho Bursátil	
1) Derecho Penal	1
2) Delitos Especiales	10
3) El Derecho Bursátil	14
a) Concepto	14
b) Fuentes	15
c) Principios Generales del Derecho Bursátil	20
d) Conceptos Fundamentales de la Ley del Mercado de Valores.	23
Capítulo Segundo II. Marco Legal y Conceptual	
1) Delitos Bursátiles	38
2) Ley del Mercado de Valores, naturaleza jurídica y fundamentación.	48
3) Contenido de la Ley	50
4) Bolsa Mexicana de Valores	54

a) Antecedentes	55
b) Objeto de la Bolsa Mexicana de Valores	59
c) Sistemas Automatizados	68
d) Sujetos de la Relación Jurídica Bursátil	73
e) Agentes de Cambio y de Bolsa	74
f) Actividades de los Especialistas Bursátiles	76
g) Autoridades	77

Capítulo Tercero III. Marco Teórico.

1) Manejo ilícito de Información Privilegiada	81
2) Información Privilegiada. Concepto.	84
3) Acceso a Información Privilegiada	87
4) Sujetos con Acceso a Información Privilegiada	90
5) Uso Indevido de Información Privilegiada; Tipo Penal	95

Capítulo Cuarto IV. Estudio Dogmático del Delito Previsto en el Artículo 52 bis 2, fracción II de la Ley del Mercado de Valores

1) La Dogmática Jurídico Penal y el Delito	115
2) El Delito	118
A) Conducta	120

B) Tipicidad y Tipo	124
B1) Tipo de Injusto	126
B2) Tipo de Injusto de Delito Doloso	131
B3) Error de Tipo	134
B4) El Tipo de Injusto en el Delito Imprudente	136
B5) El Resultado	137
C) Antijuricidad	139
C1) Causas de Justificación	142
D) Culpabilidad	148
D1) Imputabilidad o Capacidad de Culpabilidad	151
E) Punibilidad o Penalidad	158
E1) Condiciones Objetivas de Punibilidad	158
F) Iter Criminis o Camino del Crimen	161
F1) Tentativa	163
G) Autoría y participación	166
H) Concurso de Delitos	168
Conclusiones	170
Opinión Personal	173
Bibliografía	176

INTRODUCCION

El Derecho Bursátil en nuestro país, como conjunto de normas relativas a las operaciones en Bolsa o fuera de ella, es una rama novedosa de nuestro ordenamiento jurídico y su desarrollo corre aparejado al del Mercado de Valores y a la economía del país, bursatilizada en exceso.

Así como los valores y las operaciones bursátiles se diversifican y se multiplican constantemente, aparecen entre los sujetos de estas relaciones, conductas ilícitas no reguladas por la legislación bursátil. La Ley del Mercado de Valores como ley marco y como fuente fundamental del Derecho Bursátil, prevé ciertas conductas ilícitas en que pueden incurrir los sujetos de la relación bursátil.

La información es uno de los principios generales del Derecho Bursátil, contemplado en diversas circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. La información manejada por los sujetos de la relación bursátil es de un carácter tan confidencial que, debido a la trascendencia que tiene su manejo en el funcionamiento del mercado, se encuentra sometida a una vigilancia y regulación especial por parte de las autoridades de la materia.

El Uso Indebido de Información Privilegiada, como tipo penal previsto en una Ley Especial como lo es la Ley del Mercado de Valores, de nueva creación en nuestro sistema jurídico, tiene ya larga trayectoria en el panorama bursátil mundial, y surge como una necesidad vital para el debido funcionamiento del Mercado de Valores.

Considero que el Uso Indebido de Información Privilegiada, sancionado administrativamente en el artículo 16 y tipificado como delito en los artículos 52 bis y en particular, en el 52 bis-2 fracción II no ha sido lo suficientemente analizado a la luz de la Teoría del Delito, motivo por el que se procede a realizar el presente estudio dogmático.

Capítulo Primero.

Marco Histórico del Derecho Bursátil

1) Derecho Penal

Definición.- Debe entenderse al conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de la misma.(1)

Derecho Penal.- Es el conjunto de normas que determinan el delito. (2)

Otra definición de Derecho Penal nos dice que “es la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato, la creación y la conservación del orden social” (3)

Una vez que analizamos 3 definiciones de Derecho Penal diremos que éste para su estudio se divide en dos partes una general relativa a la norma penal, el delito, las medidas de seguridad y las penas y otra especial que son los delitos en particular y sus penas respectivas.

¹ Porte Petit Candoup, Celestino. “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Porrúa, México, 1994, p.13

² Porte Petit Candoup, Celestino. Dis 1. p.16

³ Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales del Derecho Penal”. Edit. Porrúa, 1991, México p.18.

División del Derecho Penal

Este se divide en subjetivo y objetivo; el Derecho Penal en sentido objetivo dice Cuello Calón, "es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan a los delitos, las penas y las medidas de seguridad" (4)

Raúl Carranca y Trujillo estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado " es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación" (5)

El Derecho Penal Subjetivo "es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los actos en que debe imponerse las penas y las medidas de seguridad" (6), para otros autores es el llamado Ius Puniendi ó derecho de castigar por parte del Estado.

Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo.

El Derecho Penal sustantivo, se refiere al conjunto de leyes que existen, esto es que las mismas contienen delitos, las penas y las medidas de seguridad a esto se refiere la sustancialidad del Derecho Penal

Por lo que al Derecho adjetivo hace, también se le conoce como derecho procesal penal y se suele definir como " el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares" (7)

* Castellanos Tena Fernando. Ib 1 p. 22

† Castellanos Tena Fernando. Ib 2 p. 23

‡ Derecho Penal Mexicano I p. 17

§ Castellanos Tena Fernando. Ib 3, p.23.

Ciencia del Derecho Penal y Dogmática Jurídica Penal.

El maestro Cuello Calón dice "la ciencia del derecho penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a las penas y a las medidas de seguridad" 8)

Hay que aclarar que la Constitución Política Mexicana sólo establece delitos y penas, no habiendo medidas de seguridad, es así que la ley viene siendo como un dogma, esto es debe tenerse por verdad firme y cierta, siendo la base de cualquier investigación.

La dogmática jurídico penal "es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo" (9); con respecto a éste tema se abundara mas en el capítulo final del presente estudio, en el tema la Dogmática Jurídico Penal y el Delito; sin embargo al respecto diremos que algunos autores la identifican como la Ciencia del Derecho Penal, pero concuerdo con el maestro Fernando Castellanos Tena al expresar que la Dogmática es una rama de la Ciencia del Derecho Penal que se encarga del estudio en su conjunto del ordenamiento penal positivo.

Ciencia Penal.- Su objeto lo constituye el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional, al respecto el maestro Cuello Calón manifiesta " la ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a las penas y a las medidas de seguridad" (10)

⁸ Castellanos Tena Fernando. Ib 4, p.24.

⁹ Castellanos Tena Fernando. Ib 5, p.26.

¹⁰ Porte Petit Candoupe, Celestino. Bn 2. p. 17.

Ciencias Penales.- Se entiende por estas "el conjunto de disciplinas o ciencias, referentes al delito, delincuente, penas y medidas de seguridad" (11).

Por lo que hace a cuales son las ciencias del Derecho Penal hay muchas corrientes al respecto, sin embargo me adhiero a la del maestro Fernando Castellanos, al manifestar que al no existir entre los autores un criterio universal se les encuadra en una disciplina mas amplia como lo es la Criminología la cual se ocupa según el maestro Constanancio Bernardo Quiroz "del estudio del delito considerado como un fenómeno biológico y social, como algo vivo, caliente, palpitante, sangrante a la manera de la Historia Natural en toda su amplitud minuciosa". (12)

Así la Criminología esta integrada por varias disciplinas en las que podemos destacar:

a) La Antropología criminal, misma que tiene por objeto el estudio del hombre como delincuente e investiga las causas biológicas del delito por lo que algunos autores también la denominan Biología criminal, teniendo como su principal representante al maestro italiano Cesar Lombroso.

b) Sociología Criminal.- Como su mismo nombre lo indica estudia la delincuencia desde un punto de vista social, pretendiendo encontrar las causas en el medio ambiente, siendo Enrique Ferri quien apporto mucho a la misma.

¹¹ Porte Petit Candoupe, Celestino. Bix 3, p.17.

¹² Castellanos Tena Fernando. Ib 6, p.24

c) **Psicología Criminal.-** Es aquella que estudia al delincuente en su aspecto psíquico.

d) **Estadística Criminal.-** Mediante ésta es posible llegar a generalizaciones en materia de delitos en una región determinada y en un cierto momento histórico.

Por lo que a las ciencias auxiliares diremos que dos son las consideradas de mayor relevancia:

1) **Medicina legal** que tiene por objeto poner al servicio de la administración de justicia penal los conocimientos y las técnicas medico quirúrgicas.

2) **Criminalística**, la cual para el maestro Rafael Moreno González " es la disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos, métodos y técnicas de investigación a las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo, relacionado con un presunto hecho delictuoso, con el fin de determinar en auxilio de los órganos encargados de administrar justicia, su existencia o bien reconstruirlo, o bien señalar y precisar la intervención de uno a varios sujetos en el mismo"(13)

Por lo que hace a la psiquiatría medico legal debemos entender al estudio de las enfermedades mentales en relación con la aplicación de la propia ley.

Es importante hacer referencia a la política criminal, la cual es definida como la "ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y represión del delito"(14)

Continuaremos haciendo una pequeña reseña de lo que ha sido el Derecho Penal en México en su historia, ya que aún y cuando no tiene mayor relevancia en la presente investigación, si es importante a efecto de darnos una idea de como ha ido evolucionando el mismo en nuestro país.

Además de que es importante tener una idea de la evolución de las instituciones y conceptos, a fin de tener una visión mas amplia y clara de tales cuestiones y aprovechar así lo vivido en el pasado para aprehender y no cometer los mismos errores en el presente, así como estar en la posibilidad de dar soluciones acertadas.

Comenzaremos con lo que fue el Derecho Precortesiano, siendo éste el anterior a la llegada de los españoles y como su nombre lo indica de carta ya que al respecto no se tiene muchos datos, pero se sabe que existía una reglamentación, haremos alusión a tres pueblos de importancia como lo fueron los mayas, los tarascos y los aztecas.

El Derecho Penal Maya se caracterizaba por su severidad, los caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud, la primera a delitos graves como el homicidio y las segundas para los ladrones, sentencias que eran inapelables.

¹⁴ Castellanos Tena Fernando. Ib 6, p.30.

El pueblo tarascó, no se tiene mucha información sobre leyes penales, pero se sabe que eran crueles, por ejemplo si había habido adulterio con alguna mujer del monarca, no sólo se le daba pena de muerte al adúltero sino también a toda su familia, a los violadores se les empalaba y a los hechiceros se les arrastraba o se les lapidaba.

De los Aztecas se sabe mas ya que era el pueblo de mayor relieve al momento de la conquista; al respecto el maestro Vaillante, manifiesta que eran dos las instituciones que regían la vida social de este pueblo, la religión y la tribu, así el derecho penal Azteca revela excesiva severidad en sus penas, sobre todo con los delitos que atentaban al gobierno y al monarca mismo.

También se sabe que los aztecas distinguían entre los delitos dolosos y culposos: asimismo de las agravantes y de las atenuantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía. las penas mas relevantes eran las siguientes:

El destierro, la pérdida de nobleza, del empleo, arresto, esclavitud, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la muerte en diversas formas como eran la decapitación, descuartizamiento, empalamiento, garrote y machacamiento de cabeza.

Por último el investigador Carlos H. Alba los delitos en el pueblo azteca se clasificaban de la siguiente forma:

- a) **Contra el imperio;**
- b) **Contra la moral pública y;**
- c) **Contra el orden de las familias.**

Derecho Penal Colonial, en esta época los españoles, pusieron en vigor la legislación de Castilla, también conocida como las leyes del Toro que estuvieron vigentes por disposición de las Leyes de Indias.

Se afirma que en la colonia la legislación mantenía las diferencias de castas lo que ocasiono que en materia penal existiera un sistema intimidatorio para negros y mulatos como tributos al rey, prohibición de portar arma y de transito por las noches, pena de trabajo en minas, además de azotes, todo por procedimiento sumario, excusado de tiempo y proceso; para los indios fueron menos crueles teniendo como penas los trabajos personales, excusándoseles los azotes y las penas pecuniarias, como lo era servir en conventos o monasterios, siempre que el delito no fuera grave.

Así pasamos al México independiente en el cual Morelos abolió la esclavitud en el año de 1810; la difícil situación que en ese momento se vivía en ese momento obligo a que se tratara de organizar la policía, reglamentar la portación armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como de combatir la vagancia y la mendicidad.

El robo y el asalto con respecto a esta época y resumiendo la misma Ricardo Abarca refiere que queda una legislación dispersa y fragmentaria, motivada por los tipos

de delinquentes que llegaban a constituir problemas políticos; las diversas constituciones que se suceden, ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la materia penal.

Por lo que hace a la codificación penal, la primera fue expedida en el Estado de Veracruz, por decreto de 8 de abril de 1835; es en 1868 que se forma una Comisión que teniendo como inspiración el Código Español de 1870, elaboran un nuevo Código en materia común para el Distrito Federal y territorio de Baja California y para toda la República en lo federal, entrando en vigor el 1º de abril de 1872, el cual se conoce como Código de 71 ó de Martínez de Castro, el cual estuvo vigente hasta 1929, afiliándose a la tendencia de la Escuela Clásica.

Siendo presidente Emilio Portes Gil, se expidió el Código de 1929, conocido también como Código de Almaraz, cuya vigencia fue efímera ya que solo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

Entrando en vigor el día 17 de septiembre de 1931 el Código Penal que rige en la actualidad, promulgado el 14 de agosto de 1931 por el presidente Ortiz Rubio, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 del mismo mes y año con el nombre de Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia de fuero común.

Por lo que hace al Código de 31 hay que hacer mención de las directrices con mayor relevancia como lo fueron en esa época la amplitud del arbitrio judicial, mediante mínimas y máximas de la individualización de las sanciones en los artículos 51 y 52, la

Tentativa en el artículo 12, las formas de participación de los sujetos activos en el artículo 13, algunas variantes de excluyentes de responsabilidad, la Institución de la condena condicional y continuando con el de 1929 la prescripción de la pena de muerte.

2) Delitos Especiales.

Antes de abordar lo que son específicamente los Delito Especiales, es importante comenzar por explicar brevemente lo que es un delito, se dice que éste forma parte de la Ciencia del Derecho Penal.

De acuerdo a su idea etimológica tiene su origen en el verbo latino "delinquere" que significa "apartarse" del buen camino o alejarse de el sendero señalado por la ley, al respecto existe un problema ya que la doctrina establece que hay tantos delitos como autores, pero independientemente de esto, hay que asentar que el delito "es el acto típicamente, antijurídico y culpable, sometido en ocasiones a condiciones objetivas y subjetivas de penalidades e imputables a los hombres sometido a una sanción penal".(15)

Claro es, que la idea jurídica del término se halla en el artículo 1º del Código Penal de 1871 que como antecedente señalaba que el "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella mande", continuando con su evolución el Código de 1929 en su artículo 11 que delito era "la lesión a un derecho protegido legalmente protegido por una sanción penal".

¹⁵ Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Edit. Porrúa, México 1985, p.38

Así el artículo 7º del Código Penal Vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal establece como delito “ el acto u omisión que sancionan las leyes penales” al respecto de esta definición existen verdaderas críticas por los doctrinarios, sin embargo no hay que dejar de observar que tanto la idea etimológica como la jurídica, nos ubica en una conducta humana delictuosa y antisocial.

Una vez visto lo anterior y habiendo una referencia, pensamos difícil enmarcar el precepto que nos ocupa en una definición aunque ya hemos hecho referencia a la definición del delito así que pensamos que el delito como regla general es el mismo, lo único que cambia es el marco jurídico de aplicación, es decir una ley penal o una ley especial.

Así pues nuestro Código Penal Vigente establece enfáticamente en su artículo 6º lo siguiente: “cuando se comete un delito no previsto en éste Código pero si en una ley especial se aplicara ésta, observando las disposiciones conducentes de éste Código”

Es decir, la misma ley penal esta aceptando que existen otras disposiciones penales fuera del Código Penal, remitiéndonos a delitos tipificados en una ley diferente de su técnica penal.

Como puede observarse nuestro orden jurídico penal por excelencia y por virtud de que el legislador en el año de 1931, plasma ya la idea de que es necesario crear otros espacios normativos para la posible creación de nuevos delitos, lo que se refuerza con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir “ no es exacto que la ley

panel esta constituida exclusivamente por el Código Penal de la materia, sino que al lado del mismo se hayan muchas disposiciones dispersas en diversos ordenamientos y no por ello están normas pierden su carácter de penales, pues basta con que se establezcan delitos y se impongan penas para que juntamente con el Código Penal del Distrito Federal y territorios federales de 1931, que es la ley sustantiva de la materia integran en su totalidad la ley penal” (16).

Otro soporte que se halló, fue una tesis jurisprudencial que al respecto dice: “las leyes penales no se circunscriben al contenido del Código Penal de la materia, sino que hay muchas disposiciones de carácter específico, dispersas en la codificación en general que por su naturaleza o por la calidad de los infractores o por su objeto, no pueden ser incluidas en una ley general, sino en disposiciones especiales”(17) debiendo agregar que así lo reconoce el artículo sexto del Código Penal Vigente, cuando se establece “. . . que cuando se cometa un delito no previsto en dicho Código, pero si en una ley especial se aplicara ésta, , observando las disposiciones conducentes del multicitado Código Penal.

Al respecto la doctrina ha tratado, de acuerdo a sus diferentes corrientes, de enmarcar los delitos especiales en ramas del Derecho Penal especial, otras en el derecho penal administrativo con la intención o pretensión de darle cierta autonomía a los parámetros establecidos en el orden jurídico penal.

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando. “Lineamientos Elementales de Derecho Penal”. Edit. Porrúa, México 1985, p.39

¹⁷ Acosta Romero, Miguel. “Delitos Especiales”. Edit. Porrúa, México, 1980, p.55

Así tenemos que la primera postura la encontramos en el artículo sexto del Código Penal Vigente para el Distrito Federal que señala lo que ha llamado "leyes especiales" que son las leyes que prevén delitos especiales, que por regla son administrativas dada su naturaleza, como lo son el Código Fiscal de la Federación, Ley del Mercado de Valores, Ley de Instituciones de Crédito, etc., esto por su parte manifiesta circunstancias en función de intereses jurídicos que pretenden proteger un bien jurídico tutelado.

Existe otra corriente llamada de la "descodificación" la cual refiere que los códigos están en decadencia, ya que se les considera insuficientes para regular el orden social, por lo tanto hay cierta tendencia para la legislación de leyes específicas en virtud del creciente intervencionismo estatal, las cuales se encuentran en el Derecho Bancario, Derecho Bursátil, Derecho Administrativo, etc.

Lo cierto es que no se puede afirmar si nuestro código penal se encuentra ya en la segunda corriente, porque no es materia de la presente investigación, sin embargo si quiero anotar que la realidad es que actualmente el Código Penal sólo sirve como marco referencial, ya que es bien sabido que existen muchos mas delitos establecidos en las leyes penales como lo es la Ley Federal de Explosivos y Armas de Fuego, la Ley de Menores Infractores y en las leyes denominadas especiales como seria la Ley del Mercado de Valores, el Código Fiscal de la Federación y otros; es así que estas y demás leyes de naturaleza administrativa, tiene hasta un capítulo específico de Delitos, nos siendo el caso de la del Mercado de Valores.

Lo que hay que dejar claro es que esto tiene sus desventajas como lo es que cada día, con la evolución de la sociedad, su modernización y la importancia que día con día cobra la economía a nivel mundial, hace más difícil que el Código Penal sea suficiente como marco referencial ya que se dificulta la búsqueda de los delitos al no saber con exactitud en que Ley se pueden encontrar, es importante hacer mención que el legislador debe poner mas atención al respecto, al tiempo que éste debe ir evolucionando al ritmo de la sociedad y con el creciente número de delitos que aparecen día con día.

Por último creo que podemos concluir diciendo que "Delitos Especiales son todos aquellos que no se encuentran previstos en el Código Penal sino que son previstos por otras leyes de naturaleza administrativa; encontrando lo anterior su fundamento en el artículo sexto del Código Penal Vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal".(18)

3) El Derecho Bursátil.

a) Concepto.

Se puede conceptuar al Derecho Bursátil como " el conjunto de normas jurídicas relativas a los valores, a las operaciones que con ellas se realizan en la Bolsa Mexicana de Valores o en el Mercado Bursátil fuera de la Bolsa, a los agentes así como a las autoridades y a los servicios sobre la misma"(19)

¹⁸ Acosta Romero, Miguel. "Delitos Especiales". Ed. Porrúa, México, 1980, p.55

¹⁹ APUNTAMIENTOS DE DERECHO BURSÁTIL. Academia Mexicana de Derecho Bursátil. 1994, p.43

Podríamos decir que originalmente el Derecho Bursátil surgió de los valores regulados en la Bolsa y operados en la misma, pero en la actualidad abarca mas allá, llegando hasta los mercados denominados bursátiles y extrabursátiles.

La diferencia entre mercado bursátil y extrabursátil es muy sencilla y radica en el lugar donde se realizan las operaciones, en la Bolsa o fuera de ella, así como por el tipo de valores que se manejan en una y otra.

Haciendo referencia al párrafo anterior, es necesario aclarar que los valores en la Bolsa o mercado de dinero son los emitidos a plazos inferiores a un año, de escaso riesgo y alta liquidez, representativos de deuda para quien los emite, donde tenemos por ejemplo el papel comercial, las aceptaciones bancarias y los Cetes; en cambio los valores que se manejan en el llamado Mercado de Capitales, son títulos a largo plazo, mayores a un año con mayor riesgo y menor liquidez, por ejemplo las acciones y obligaciones.

b) Fuentes

Por cuanto hace a las fuentes, podemos decir que están las clásicas del Derecho como lo son la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, etc.; sin embargo lo que realmente nos interesa y a lo que pondremos mayor énfasis son a las fuentes propias del Derecho Bursátil.

Ya que es muy importante saber de donde proviene el Derecho Bursátil, explicaremos de una manera somera cada una de estas fuentes.

Comenzaremos con la:

Ley.- Siendo así que la Ley del Mercado de Valores es la norma fundamental por lo que hace a la materia bursátil. Como un mero antecedente diremos que fue promulgada el 2 de enero de 1975, viniendo ésta a sustituir a diversas disposiciones comprendidas en múltiples ordenamientos, algunos de estos en condiciones económicas muy diferentes a cuando fueron puestos en vigor.

Dicha ley esta constituida de la siguiente forma, en diez capitulos a saber:

Y.- Disposiciones preliminares.

II.- Del Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

III.- De las Casas de Bolsa y los especialistas bursátiles.

IV.- De las Bolsas de Valores.

V.- De la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

VI.- De las Instituciones para el Deposito de Valores.

VII.- De los procedimientos para proteger los intereses del público inversionista.

VIII.- De la contratación bursátil.

IX.- De las operaciones internacionales.

X.- De la automatización.

La Ley del Mercado de Valores, podemos decir que sirve como marco legal, ya que delega en muchas otras disposiciones u ordenamientos, esto es que no da soluciones concretas a problemas concretos y esto es debido a lo cambiante de la materia, en caso de que fuera como algunos doctrinarios lo proponen, tendria que ser abrogada en tantas

ocasiones y con tanta frecuencia que sería obsoleta, es por eso que las soluciones las delega en Reglamentos, circulares, etc. y sólo sirve como un parámetro.

Cambiando a otras de índole bursátil, tenemos la Ley de Sociedades de Inversión, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Instituciones de Crédito y algunas otras.

Las circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores cuenta entre sus facultades, según la fracción II del artículo 41 de la Ley del Mercado de Valores, la de dictar medidas de carácter general respecto de las personas sobre las cuales ejerce funciones de supervisión y vigilancia, a fin de que ajusten su actuación a la Ley y al interés general. Tales disposiciones son conocidas con el nombre de circulares.

Algunos autores comparan esta facultad de emitir disposiciones de carácter general, con la del Ejecutivo para expedir Reglamentos o Reglamentarias; si partimos de ésta idea podemos decir que las circulares tienen una doble función: aplicar la ley y crear derecho para un grupo reducido de personas, destinatarios de las normas sujetas a supervisión y vigilancia de la autoridad que las emite, en este caso la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; es por esto que las circulares se dirigen sólo a los Intermediarios, Casa de Bolsa o Especialistas Bursátiles (serie 10), a las emisoras (serie 11); sociedades de inversión (serie 12) y muy recientemente a las agrupaciones financieras (serie 13).

Los Usos Bursátiles y de Comercio.

Los Usos nos dice Rodrigo Uria, "son normas de derecho objetivo creadas por la observancia repetida, constante y uniforme de los comerciantes en sus negocios"(20)

Como nos ilustra, para el citado autor los Usos Bursátiles, entran dentro de la categoría especial de Usos de Negocios, estos son los que nacen de la contratación comercial y que son usados para suplir las lagunas de la ley o para las dudas sobre su interpretación.

Algunos autores dirían que los Usos Bursátiles son una forma de costumbre jurídica, y que son la practica mas o menos reiterada de ciertos actos que sirven para complementar e interpretar la voluntad de las partes, siempre y cuando no vayan en contra del Derecho y son reconocidos como fuente de Derecho.

El maestro Anibal Sánchez, nos da una serie de Usos Bursátiles que son utilizados actualmente en nuestra Bolsa Mexicana de Valores y en las demás del mundo, Usos que vienen practicándose de muchas décadas atrás como son: la forma de celebrar las operaciones bursátiles mediante frases breves y precisas, acompañadas de golpes y palmadas, la existencia de ruedos o corros, los procedimientos de liquidación colectiva o la mecánica para dar o ejecutar las ordenes a los intermediarios, son prácticas esenciales desde el siglo XVIII y en México han sido recogidas fundamentalmente en el Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.

²⁰ APUNTAMIENTOS DE DERECHO BURSÁTIL. Ibs, p 55

Normas de Autorregulación.

Este es un principio necesario para que los mercados de valores en sus operaciones sean mas eficientes. Es importante decir que en la actualidad la discusión ya no centra en cuanto su existencia, sino por lo que hace a todo lo que abarca y la mejor forma para su cumplimiento. Es por eso que en las reformas de 1990 propongan que los intermediarios tengan dichas normas de autorregulación y señala el procedimiento para hacerlas efectivas, todo lo cual es materia obligada en el Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores. Este Reglamento como ya lo mencionamos anteriormente recoge las costumbres, en este caso de los Intermediarios para negociar en Bolsa. Sin embargo es cuestionable su naturaleza de norma de autorregulación en México ya que aunque nacen en el seno de la Bolsa, requieren de la aprobación en este caso de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Como ejemplos de estas normas de autorregulación son el Código de Etica de la Comunidad Bursátil Mexicana de fecha 16 de marzo de 1988 y los Contratos de Intermediación Bursátil y Normativo de Reporto a celebrarse por la Casa de Bolsa con su clientela inversionista, aprobados en la Asociación Mexicana de Casas de Bolsa de 1990.

Debemos agregar que por lo que hace a estas normas de Autorregulación, aunque en México es partir de 1988 se les ha hecho mucho hincapié, no han tenido la trascendencia e importancia de otros países donde se cuenta con complejo sistema de estas normas, impuesto fundamentalmente por las Bolsas de Valores que imponen sanciones y que van desde una simple amonestación privada, suspensión o revocación

del cargo hasta la denuncia ante la autoridad para que hagan valer la ley ya sea vía administrativa o inclusive penal.

c) Principios Generales del Derecho Bursátil

La información.- Es uno de los principios generales del Derecho Bursátil, es oportuno mencionar que es un principio importante ya que para que la gente inversionista pueda tener al mercado, debe estar debidamente y suficientemente informada sobre la situación financiera de las emisoras, del tipo de valores negociados y del tipo de operaciones que con ellos se realizan, valor de las operaciones y volumen de las mismas, esto por citar sólo algunos aspectos, es por eso que nuestra legislación la regula ampliamente:

Prohibición de Uso de Información Privilegiada, se refiere a aquella que no es del conocimiento general, artículo 16 bis de la Ley del Mercado de Valores.

Siempre que las Casas de Bolsa o los Especialistas Bursátiles proporcionan a la autoridad información falsa o dolosa, podrá sancionárseles con la cancelación de su registro.

Las emisoras están obligadas a proporcionar información a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; a la Bolsa Mexicana de Valores y al público inversionista, bajo la pena de cancelar el Registro de los Valores por ellas emitidos, artículo 16 en relación al 14 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores.

La Bolsa Mexicana de Valores esta obligada a hacer publicaciones y a proporcionar información sobre los valores en ella inscritos, las operaciones que sobre ellos se realicen y sus emisores artículo 29 fracción III de la Ley del Mercado de Valores.

Si bien éste principio no se encuentra específicamente en una ley, si esta en algunas otras disposiciones las cuales nos ayudan a que el Derecho Bursátil se preserve a través de distintas normatividades.

Libre Concurrencia.- Principio que se refiere a que básicamente todos los participantes pueden acudir en igualdad de circunstancias.

Para que entendamos mejor este principio un ejemplo claro lo tenemos en la operación de cruce, a través de la cual se faculta a cualquier operador a intervenir en ella cuando un intermediario tenga órdenes de compra y venta coincidentes, dando así a todos los representantes de Casas de Bolsa a intervenir en las operaciones.

El principio de Libre Concurrencia también implica que cualquier persona, siempre y cuando satisfaga los requisitos exigidos por la ley, pueda dedicarse a las actividades por la misma regulada.

Consensual, este principio hace referencia a un elemento esencial en cualquier contrato, esto es al consentimiento y a la forma de manifestación de éste.

Ya que hablamos del consentimiento y los contratos, diremos que existen tres tipos de consentimiento por cuanto hace a la forma en los contratos; los contratos llamados formales, solemnes y consensuales, los primeros dos requieren de algunas formas especiales para su perfeccionamiento, por ejemplo los contratos de compra venta de inmuebles o el matrimonio, en oposición a los consensuales en los cuales no se requiere alguna formalidad específica.

Por lo que hace a la materia bursátil rige el principio de la plena consensualidad de las transacciones según el principio de "Dictum Meun Pactum", lo cual en castellano quiere decir "mi dicho es mi pacto", esto nos lleva a darnos cuenta que casi no se requieren formalidades.

La voluntad en las operaciones bursátiles, se da a partir de signos inequívocos y con palabras como "doy", "tomo", "cerrado" y con esto las partes se obligan según lo establece el Reglamento Interior de la Bolsa.

Este principio lo recoge también la Bolsa Mexicana de Valores en las fracciones Y y II del artículo 91 de su ley, en el cual se establece la forma en que la clientela gira instrucciones u órdenes a los intermediarios para que estos realicen operaciones por su cuenta, bastando la instrucción brevial, por teléfono o escrita, pudiendo también usar la carta, el telégrafo, el telex o cualquier otro medio electrónico, de computo o de telecomunicaciones.

Dinámico, es un principio característico del Mercado de Valores, ya que si no existiera, le restaría perfección al Mercado, restándole velocidad.

Aunque no se aprecia de una forma muy marcada la forma de girar instrucciones, de concertar operaciones, de transmitir la información, etc. con un mínimo de formalidades, todo esto y muchas otras cosas están orientadas a fomentar la dinámica del mercado, principio a todas luces protegible pues cualquier medida en su contra nulifica y hace ineficiente al propio mercado.

d) Conceptos Fundamentales de la Ley del Mercado de Valores.

Diremos que el Marco Legal que envuelve al Mercado de Valores, gira en torno a tres conceptos muy importantes que son el Valor, la Oferta Pública y la Intermediación, los cuales debido a su importancia, analizaremos cada uno por separado y con mayor detenimiento.

Valor.

Definición.- La Ley del Mercado de Valores en su artículo 3º, establece que son "valores, las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito, emitidos en serie o en masa, así como otros documentos sobre los cuales se realice oferta pública o intermediación en el Mercado de Valores, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el patrimonio de las personas morales".(21)

²¹ Ley del Mercado de Valores. Edt. Porrúa, 1996, p. 470

El artículo 11 de la Ley del Mercado de Valores, establece que son valores los documentos inscritos en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios y sólo estos pueden ser objeto de oferta pública.

Aunque la Ley del Mercado de Valores no distingue diferencia alguna entre valor y título de crédito, algunos doctrinarios sí lo hacen.

Dicen, los Títulos de Crédito, son los documentos necesarios para ejercitar el Derecho literal que en ellos se consigna y están sujetos a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito. Estos pueden ser individuales o seriales y cuentan con sus normales características como son la incorporación, la legitimidad y la literalidad.

Por lo que hace a la abstracción y la autonomía sólo son propios de algunos títulos de crédito, por ejemplo la letra de cambio, el cheque y el pagaré.

Si analizamos lo que establece el artículo 3º de la Ley del Mercado de Valores, nos daremos cuenta que nos indica que son valores todas aquellas títulos de crédito emitidos en serie o en masa, esto nos indica que no todos los documentos pueden calificarse como valores, sólo los emitidos en serie o en masa, esto descalifica a títulos como el cheque que son singulares.

Otro punto es que para que los documentos puedan ser considerados valores deben ser objeto de oferta pública o intermediación en el mercado; asimismo deberán otorgar a sus titulares algún derecho, ya sea de crédito, propiedad o de participación en

el capital de las personas morales, por ejemplo tenemos al bono de prenda, la obligación y la acción.

Podemos concluir diciendo que son valores los títulos de crédito emitidos en serie o en masa o documentos similares a ellos que se les pueda imitar siempre y cuando lo permita la ley, que sean materia de oferta pública o intermediación en el mercado de valores.

Hay que hacer la observación de que para que los valores puedan ser objeto de oferta pública o intermediación legal, deben estar previamente registradas en la Sección de Valores del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, aunque previamente deberán cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley del Mercado de Valores.

En resumen sólo los Valores registrados podrán ser materia de oferta pública o intermediación, salvo las excepciones que marca el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores.

La oferta pública y sus clases:

Oferta pública.- "Es la declaración unilateral de voluntad que se haga por algún medio de comunicación masiva o personal indeterminada" (22), con la expresión de los

²² Igartúa Araiza, Octavio. "Introducción al Estudio del Derecho Bursátil Mexicano". Edit Porrúa, 1988, p.21

elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el promovente para suscribir, enajenar o adquirir títulos o documentos certificados como valores en los términos de la L.M.V.

Es oportuno decir que para que la Oferta Pública pueda ser parecida como propuesta de un contrato, esta debe ser seria, completa, definitiva, comunicada en debida forma y con un plazo mínimo de vigencia.

Analizando un poco lo anterior podemos decir que una oferta se considera "seria", cuando se efectúan con la finalidad de obligarse y lleva a cabo el contrato, el cual se perfecciona con la aceptación.

La oferta es definitiva cuando las condiciones para contratar se encuentren satisfechas, de tal forma que cualquiera de las partes que cumpla con los requisitos podrá perfeccionar el contrato.

De acuerdo a la Ley del Mercado de Valores la oferta es completa cuando haya sido autorizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y se de a conocer a través del llamado "prospecto" que contenga todos los términos y condiciones para llevarla a cabo.

A lo que se refiere con tal supuesto de que la oferta debe ser comunicada en debida forma, es que según la ley se haga a través de los medios de comunicación masiva o a persona indeterminada, según el artículo 2º de la L.M.V.

· Pero dada la gran cantidad y variedad de medios de comunicación, nos debemos atener a los criterios de la C.N.B.V.

Por último nos referiremos al plazo mínimo de vigencia, esto nos indica que la oferta pública de contratar valida, durante un lapso mínimo, esto es con la finalidad de que el destinatario pueda tener la opción de aceptarla o rechazarla y comunique su decisión en caso de ser afirmativa.

Efectos.

La oferta como propuesta de contrato produce ciertos efectos para quien hace la misma como lo sería el vinculante, que obliga al oferente una vez que fue aceptada por el destinatario.

Además de que la oferta realizada, independientemente de su aceptación, obliga por el tiempo de su vigencia.

En el mercado de valores lo más común es que se otorgue a través de la oferta privada o de "ventanilla", los valores garantizados por los bancos.

Un ejemplo de la oferta pública es la subasta de valores que se hace al mejor postor.

En este país los valores gubernamentales se colocan bajo el procedimiento de subastas organizadas por el Banco de México, quien actúa como agente único del gobierno Federal; estas subastas tienen la característica de que a ellas sólo pueden asistir

como compradores los intermediarios autorizados, fundamentalmente bancos, casas de bolsa y las instituciones de seguros, fianzas y sociedades de inversión que son llamadas inversionistas institucionales.

Intermediación.

El artículo 4° de la Ley del Mercado de Valores, refiere que por intermediación en el Mercado de Valores se entiende "la realización habitual de:

Operaciones de correduría, de emisión u otras tendientes a poner en contacto oferta y demanda de valores.

Las operaciones por cuenta propia, se entiende de la intermediación, con valores emitidos o garantizados por terceros.

La administración y manejo profesional de valores propiedad de terceros".(23)

Debemos atender a un punto interesante que es ver la figura de la Intermediación, desde un punto de vista subjetivo, esto es desde el punto de vista del sujeto que lleva a cabo las operaciones, pues esto determina los actos que pueden realizar quienes intervienen en el Mercado.

²³ Ley del Mercado de Valores. Edit. Porrúa, 1996, p. 454

A continuación analizaremos la figura anterior y las personas que pueden llevarlas a cabo.

Operaciones de Correduría, de comisión u otras tendientes a poner en contacto, oferta y demanda de valores:

Para entender mejor esto, debemos establecer los conceptos de Correduría, sobre la cual el artículo 273 del Código de Comercio, nos la define "como el mandato aplicado a los actos de comercio"(24); pero es indispensable definir lo que se entiende por mandato "es un contrato por medio del cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta propia del mandante los actos jurídicos que éste le encarga"(25).

Resultando entonces que la comisión mercantil será un contrato por medio del cual el comisionista se obliga a ejecutar por cuenta del comitente los actos concretos de naturaleza jurídico mercantil que éste le encomienda.

Comisionista es la persona que desempeña una comisión, puede actuar por cuenta y a nombre del mandante o puede actuar por cuenta del mandante y a nombre propio.

²⁴ APUNTAMIENTOS DE DERECHO HURSATIL. Bis 1, p. 76

²⁵ APUNTAMIENTOS DE DERECHO HURSATIL. Bis. 2 p. 76

La intermediación en el mercado de valores, es una función de las casa de bolsa y los especialistas bursátiles, implica la ejecución de la comisión mercantil y lo que hacen es actuar por cuenta de su clientela en la celebración de operaciones

Aparte de las casas de bolsa hay otros intermediarios como lo son los bancos.

La administración y manejo profesional de valores propiedad de terceros; se refieren al manejo de carteras, individuales y colectivas, actividad que normalmente realizan los bancos y los intermediarios financieros, en cuanto derivados de mandatos, comisiones o fideicomisos.

Contratación Bursátil.

Los contratos mas importantes que para documentar las transacciones que celebran las Casas de Bolsa con la clientela son:

- 1.- De Intermediación Bursátil.
- 2.- Normativo de reporte.
- 3.- Otros.

Intermediación Bursátil

Dicho contrato esta estructurado de un proemio en el que se anotan datos como si el cliente es persona moral o persona fisica, tipo de cuenta, declaraciones de las partes y un clausulado dividido en cuatro capitulos:

I.- De mandato general para actos de Intermediación Bursátil. Es oportuno hacer mención que antes que entrara en vigor las reformas de 1990, se utilizaba el contrato de comisión mercantil, por lo que me parece acertado hacer notar las diferencias y ventajas que existen actualmente entre estas dos figuras.

“La comisión mercantil es un mandato aplicado a actos concretos de comercio que requiere ratificación” (26), que es previsto por el artículo 274 del Código de Comercio por lo que el comisionista puede aceptar o rechazar el encargo y no puede delegarlo a terceras personas.

En cambio el contrato de Intermediación Bursátil previsto en el artículo 91 de la L.M.V., el cliente confiere un mandato general para que el intermediario celebre por su cuenta todos los actos de intermediación bursátil, sin que se requiera ratificar cada operación; no requiere otorgarse en escritura pública, por el mandato conferido la Casa de Bolsa ésta obligada a ejecutar las órdenes de su cliente, pudiéndose excusar únicamente cuando no lo haya provisto de los fondos necesarios y cuando la orden pueda violar la ley; y por último el mandato es delegable por naturaleza ya que se debe delegar en las personas física apoderada de la Bolsa.

En conclusión podemos decir que ha sido un gran acierto la adición de éste contrato, ya que trae consigo un gran número de ventajas, que dan a lo que es en sí el Mercado de Valores una gran agilidad y mejoran su eficiencia, además de facilidad para

el cliente, pero también es importante hacer notar la responsabilidad por parte de las Casas de Bolsa, ya que al otorgarles un poder tan general y tan amplia acción para actuar, debe responder con gran profesionalismo ante la clientela inversionista, motivo por el cual la persona física que trabaja para dicha Casa de Bolsa debe ser escogida con mucho cuidado.

II.- Guarda y administración de valores.

Las Casa de Bolsa celebran un contrato de depósito , custodia y administración de títulos con Instituciones para el Depósito de Valores, consistente en la guarda y administración de los valores, servicio que las Casas de Bolsa prestan a sus clientes; en caso de que el cliente desee ejercer personalmente corporativos derivados de sus valores, deberá satisfacer las condiciones señaladas en el capítulo segundo de dicho contrato.

III.- Operaciones por cuenta propia.

Se entiende por operación por cuenta propia " aquellas de compra o venta de valores de renta variable, que las Casas de Bolsa llevan a cabo en Bolsas de Valores, en las que actúan por cuenta propia" (27), siendo las operaciones de éste tipo las siguientes:

²⁷ Quintero Ramos, Angel M. "El Mercado de Valores". Edit. Universitaria, 1978, p.40

- 1) De compra o de venta.
- 2) Deben llevarse a cabo en Bolsa de Valores.
- 3) Sólo serán sobre valores de renta variable.

Son considerados como valores de renta variable las acciones y títulos fiduciarios que los representan, certificados de aportación patrimonial, obligaciones convertibles en acciones y títulos opcionales; estos para poder ser materia de aprobación deberán estar registrados en la Sección de Valores del R.N.V.I. y en la Bolsa de Valores, con excepción de los que puedan ser materia de inversión patrimonial.

Operaciones de autoentrada, mediante las cuales las Casas de Bolsa compran o venden para sí valores de o a la posición de su misma clientela, con el objeto de proveer liquidez al mercado y facilitar el intercambio de títulos entre los inversionistas.

Estas operaciones sólo se podrán realizar con valores de alta bursatilidad, salvo que se trate de valores sobre los cuales la Casa de Bolsa este autorizada para actuar como Especialista.

Siempre que la Casa de Bolsa celebre un contrato de autoentrada con un cliente deberá notificársele.

Para la realización de éste tipo de operaciones con clientes que hayan conferido manejo discrecional, se requiere por escrito la autorización del titular de la cuenta de manera general o en casos concretos.

Asimismo señala una circular que en este tipo de operaciones, las Casa de Bolsa deberán observar estrictamente el principio, primero en tiempo, primero en derecho.

Otro tipo de operaciones son las operaciones para inversión patrimonial, en la misma circular se agrega esta nueva forma de operaciones por cuenta propia y dice que son aquellas que la Casa de Bolsa realiza con el propósito de afectación permanente de sus activos, los que deberán llevarse a cabo sobre acciones representativas del Capital Social de las Sociedades que le presten servicios o que su objeto sea auxiliar o complementario de las actividades que realiza, así como sobre acciones emitidas por la Bolsa de Valores e Instituciones para el Deposito de Valores.

Igualmente no podrán celebrarse operaciones por cuenta propia con empresas integrantes del mismo Grupo Financiero que actúen en el desempeño del fideicomiso, mandato o comisiones, con menos que la persona que tenga a su cargo las decisiones del fideicomiso, el mandante o el comitante giren instrucciones por escrito para la celebración de operaciones con la Casa de Bolsa ya sea para casos concretos o de manera en general.

En el capítulo de Disposiciones generales del Contrato de Intermediación Bursátil se regulan las obligaciones que la Casa de Bolsa tiene frente a su clientela en cuanto al registro de operaciones, entrega o traspaso de valores en efectivo hechas por el cliente o por instrucciones de éste, así como las relativas a la elaboración de comprobantes por cada operación realizada, aclarando que éste y el número de registro contable quedarán a disposición del cliente en las oficinas de la Casa de Bolsa,

asumiendo la intermediaria la obligación de enviar un estado de cuenta mensual, cuyos aspectos podrán ser objetados por el cliente en un plazo de 20 días contados a partir de la fecha de corte de cuenta, entendiéndose que si no es objetado en el plazo señalado, está conforme con las operaciones realizadas.

Contrato Normativo de Reporto.

El inciso C de la fracción IV del artículo 22 de la L.M.V. autoriza a las Casas de Bolsa a celebrar operaciones de Reporto con sujeción a las disposiciones que marque el Banco de México.

Diferenciando entre el contrato de reporto en el que la L.T.O.C. exige que sea formalizado por escrito, en el Contrato Normativo de Reporto o llamándolo de otra manera Reporto Bursátil, el Banco de México no exige su formalización por escrito, esto en razón de cada operación de reporto es un contrato y al tener estar formalizando cada uno por escrito, restaría esa agilidad y dinámica con que se manejan las operaciones en Bolsa.

El Banco de México dispone además que:

En los reportos que las Casas de Bolsa celebren con sus clientela inversionista, con valores bancarios o gubernamentales, las Casas de Bolsa podrán actuar únicamente como reportadoras por ser una forma de colocar valores.

En materia bursátil también se da mayor flexibilidad a éste contrato al ampliar a 180 días su plazo máximo de vigencia a diferencia de los 45 días que se establece en la legislación mercantil.

IV.- Otros Contratos.

Contrato de Cobertura Cambiaria.

Contrato regulado en la circular 10-150 de la C.N.B.V que dice que "únicamente las Casas de Bolsa autorizadas por el Banco de México podrán participar en el mercado de cobertura cambiaria a corto plazo" (28) actuando por cuenta propia o de su clientela en operaciones de compra o venta de cobertura, operaciones que celebran con otras Casas de Bolsa, organismos públicos descentralizados e intermediarios financieros que cuenten con la mencionada autorización.

Otro contrato, es el de Venta en corto, el cual esta regulado por la circular 10-139 de la C.N.B.V., al respecto diremos que la venta en corto es una operación de compraventa de valores que se realiza en Bolsa, cuya liquidación efectúa el vendedor con valores obtenidos de un préstamo en forma extrabursátil, de conformidad con el artículo 98 párrafo primero de la L.M.V.

Por último esta el contrato de Prenda Bursátil; la prenda es un contrato accesorio, entendiendo que éste es "el derecho real constituido sobre un bien mueble enajenado para garantizar el cumplimiento de una obligación o la preferencia en el pego"(29), así lo establece el artículo 2856 del Código de Civil.

Asimismo no debe olvidarse que las Casas de Bolsa además pueden realizar contratos con empresas emisoras, sobre todo de colocación de valores; con Instituciones para el Depósito de Valores y el Banco de México dentro de los cuales debemos considerar primeramente el contrato de Custodia, Depósito, Administración de Títulos por Cuenta Propia o de terceros con otras Casas de Bolsa y con Instituciones de Crédito, dentro de los que se ubican el Reporto y la Comisión Bursátil, el arbitraje internacional y el mandato.

Capítulo II.

Marco Legal y Conceptual.

1) Delitos Bursátiles.

Concepto.- Atendiendo a la palabra delito, diremos que hay distintas acepciones, por ejemplo el maestro Carranca manifiesta "que es un ente constituido por una relación de contradicción, entre un hecho y la ley, es una disonancia armónica, es la violación de la ley del Estado" (30).

Así el artículo 7º del Código Penal Vigente para el Distrito Federal establece que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (31), la anterior podemos decir que es una definición jurídico formal, así que si partimos de esta premisa podemos decir que los Delitos Bursátiles son aquellos contenidos en la Ley del Mercado de Valores, esto son los actos u omisiones sancionados por la legislación bursátil, también podríamos decir que son todos aquellos actos u omisiones sancionados en relación con el Mercado de Valores y la Bolsa de Valores; como podemos ver no existe una definición de lo que es un delito bursátil, sin embargo analizando lo que es un delito y a los que se refiere lo bursátil podemos crear mas de un concepto de lo que son los delitos bursátiles.

³⁰ Carranca y Trujillo, Raúl, "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa, México 1988, p. 160

³¹ Código Penal en Materia de Fuero Común para el Distrito Federal y Materia Federal para toda la Republica, Edit. Porrúa, p.8

Por último otro concepto puede ser, son las penas y sanciones relativas a la materia bursátil como son los valores, acciones, contratos bursátiles.

Lo bursátil se refiere a la especulación, esto es se aplica de modo que en la bolsa de valores se compra y vende títulos de crédito, los cuales varían su precio de acuerdo a la especulación y éste se origina a raíz de circunstancias extremas como son la vida política y económica del país y del mundo, de las inversiones en el país y de los mismos inversionistas.

Después de haber visto lo anterior, el mejor concepto que podemos encontrar es en el sentido de que delitos bursátiles son aquellos que están contemplados en la Ley del Mercado de Valores

Al no existir una definición universal del concepto en cuestión, por lo que hace al delito, el Código Penal establece una definición, que es a la que nos apegamos aún y cuando sabemos que hay tantas definiciones de delitos como autores y por lo que hace a lo bursátil, ésta materia está regulada por la ley del mercado de Valores; así que delitos bursátiles sólo pueden existir en dicha Ley.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de los delitos bursátiles, nacen de la necesidad de sancionar pecuniariamente y hasta con privación de la libertad a aquellos sujetos que agreden al mercado de valores y/o al público inversionista, lo que perjudica de una manera muy directa a la economía mexicana.

Sin embargo lo anterior se da a raíz de la importancia que poco a poco ha ido adquiriendo la economía y todo lo que ella conlleva, siendo de gran importancia que día

a día cobra mayor fuerza el que sea castigado el ataque al bien jurídico del Patrimonio, refiriéndonos tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

A nivel mundial ésta corriente tecnócrata, ya tiene tiempo con mayor relevancia de los que se le daba en nuestro país, pero ésta tiene su auge a partir de que el ex Presidente de la República Mexicana licenciado en economía Carlos Salinas de Gortari toma la presidencia del país en el año de 1988 y empieza a abrir las fronteras y a darle una mayor importancia a los que es la inversión extranjera en nuestro país, lo que repercute directamente en el mercado de valores y por consecuencia en la Bolsa Mexicana de Valores.

Al respecto opino que se ha avanzado mucho en agilizar los mecanismos de contratación y de captación de dinero, sin embargo en materia jurídica los legisladores no han hecho un estudio detallado y a conciencia del mecanismo de lo que es el mercado de valores y en especial de la Ley del Mercado de Valores y ya no hablemos en materia penal bursátil donde no existen mas de seis delitos, tanto en el Código Penal como en la L.M.V.

Algunos autores los llaman Delitos Especiales Bursátiles, ésta denominación, se propone no sólo por tratarse de conductas delictivas previstas en una ley distinta al Código Penal, en éste caso la Ley Bursátil, sino porque la descripción de los sujetos activos de esta conducta así lo ubican, según la doctrina.

En efecto, "atendiendo a la calidad del agente, los delitos pueden clasificarse en delitos comunes, cuando no se requiere de una calidad especial, pudiendo ser el sujeto

activo cualquier persona y delitos propios, especiales o exclusivos, en los que la tipicidad sólo se da cuando el sujeto activo tenga la calidad determinada en el tipo penal de que se trate" (32).

Los delitos consignados en los artículos 52 bis, 52 bis 1 y 52 bis 2, sólo pueden ser cometidos por las personas que desempeñan las funciones en las Casas de Bolsa, especialistas bursátiles o sociedades emisoras de valores que a continuación examinaremos.

Observemos en primer lugar, que un enfoque mas adecuado de las funciones que corresponde desempeñar en la gran sociedad a los miembros del consejo de administración, se les excluye del ahora tipo penal, ya que como sabemos, realizan su función en el seno del cuerpo colegiado representado por el consejo, sin que como miembros de dicho consejo, participen en las actividades diarias de las Casas de Bolsa, las que son encomendadas a los directivos y empleados de las sociedades. No puede pues un consejo como tal, disponer de fondos o valores de clientela, porque no compete a él ni puede hacerlo en su función de consejero, la recepción de recursos y valores ni tomar la decisión de aplicación de los mismos.

Claro ésta que, si una persona además de ser miembro del consejo de administración de una Casa de Bolsa desempeña funciones directivas, empleos, cargos o comisiones en la misma, si podrá por éste último carácter caer dentro de la conducta típica descrita en el precepto legal del artículo 52 bis.

³² Castellanos Tena, Fernando. "Líneamientos Elementales de Derecho Penal". Edit. Porrúa, México 1990, p. 170

Sin embargo, la correcta exclusión que se hace en el Decreto de reformas y adiciones de 1993 a la Ley de la Bolsa Mexicana de Valores, de los miembros del Consejo de Administración como posibles agentes de la comisión típica, excluye la posibilidad del chantaje a que estaban sujetos los miembros del consejo de administración de las Casas de Bolsa al ser inmiscuidos en la comisión de delitos en los que materialmente no podían haber participado.

A partir de ésta reforma, pueden estar los consejeros de las Casas de Bolsa tranquilos, al no poder señalados como posibles autores, con la salvedad ya apuntada.

En lugar de la expresión "funcionarios" que equivocadamente expresaba este precepto legal en su texto anterior, toda vez que conforme a la terminología legal tal expresión sólo es aplicable al servidor público, señala el nuevo texto de éste artículo a las personas que desempeñen funciones directivas, empleos, cargos o comisiones en un intermediario bursátil, quienes cometerán el delito de éste precepto tipificado, si intencionalmente disponen de los fondos o valores, títulos de crédito o documentos recibidos por la clientela, aplicándolos a fines distintos los contratados por la misma.

Como se observa, para que el delito tipificado en éste artículo se considere consumado, no se requiere la existencia de un resultado material, puesto que no señala la existencia de un beneficio o la producción de un daño, basta con la sola realización de la conducta, para que se considere realizado el tipo penal.

En esta clase de delitos, en los que no se exige la existencia de un resultado, denominados en la doctrina como delitos formales o de peligro, no se sanciona el daño

causado con la conducta, sino el mero atentado que la misma representa al bien jurídico tutelado por la norma, en este caso el Mercado de Valores.

Si adicionalmente se produce un resultado que sea lesivo otros intereses tutelados por la norma penal, existirá acumulación de delitos o concurso ideal, supuesto en el cual además de la sanción contemplada para el delito formal de que se trata, produce la imposición de sanciones que corresponden a los otros delitos que con la misma conducta se cometen.

Con independencia del tema de la penalidad, del que hablaremos mas adelante, las correcciones introducidas al texto del Decreto de reformas hubieren quedado completas, si se hubiera señalado en la Ley un elemento esencial de la conducta, para ser calificada como penal, como es la culpabilidad o responsabilidad punible, pues la doctrina coincide en señalar que la conducta penal "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito antijurídico"(33), propósito que no se exige en el texto legal que examinamos, pero que afortunadamente su acreditamiento será indispensable para la procedencia del auto de formal prisión y de la sentencia, aunque en el primer caso sólo será de forma presuntiva.

Por lo que hace al delito contenido en el artículo 52 bis 1 en el que señala prisión de uno a 10 años y multa, a los miembros del consejo de administración, directivos, empleados, apoderados para celebrar operaciones en público, comisarios o auditores externos de una Casa de Bolsa o especialistas bursátiles, que a sabiendas omitan

³³ MEMORIA SEGUNDO ENCUENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO BURSÁTIL. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros A.C. p. 7334 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa, México, 1995, p.80

registrar las operaciones efectuadas por la Casa de Bolsa de que se trate o mediante maniobras alteran o permiten que se alteren los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, afectando la composición de activos, pasivos, cuentas de orden o resultados, o que intencionalmente inscriban u ordenen que se inscriban datos falsos en la contabilidad o que proporcionen o permitan que se incluyan datos falsos en los documentos o informes que deban proporcionarse a la CNBV.

En la reforma de 1993, a éste artículo, además de cuestiones terminológicas como son la supresión de expresiones administradores y funcionarios, que se sustituyen a mi forma de ver correctamente por las de miembros del Consejo de Administración y directivos y de agregarse la mención de especialistas bursátiles, la modificación de importancia consiste en la supresión de la fracción III, conforme a la cual se sancionaba a quienes otorgarán los créditos o préstamos previstos en la ley a las personas que no constituyan las garantías correspondientes, conducta que sin duda podría resultar lesiva para el intermediario bursátil de que se trate, pero no para el mercado de valores en general, que es el bien jurídico tutelado por éste tipo de delitos especiales bursátiles.

Independientemente, la citada fracción, no exigía el elemento de intencionalidad que correctamente se consigna en las otras fracciones de este artículo, por lo que estimamos fue acertada la exclusión de ésta fracción.

Finalmente en relación con estos delitos especiales, quiero referirme a la penalidad de uno a 10 años de prisión con que se sancionan las conductas descritas en los artículos 52 bis y 52 bis 1, que tal vez son excesivas, si lo comparamos con lo que

otros ordenamientos penales señalan para este mismo tipo de delitos formales o de peligro, distintas a las leyes que regulan la intermediación financiera en nuestro país.

Así los delitos de portación y acopio de armas prohibidas, se sancionan con tres meses a tres años de prisión; el delito de poner en movimiento una locomotora, un carro, camión o vehículo similar de manera que haga imposible el control de su velocidad y pueda causar un daño, con penalidad de 1 a 6 años de prisión; el delito de peligro de contagio d enfermedad incurable de 6 meses a 5 años; el delito de abandono de persona de 1 mes a cuatro años. Así podríamos citar otro tipo de delitos formales, cabiendo preguntarnos si el bien jurídico tutelado en las leyes financieras, puede considerarse de mayor valía que los que se protegen en las normas señaladas.

La importancia de la cuestión del monto de la pena consignada en los tipos de los delitos bursátiles, tienen aún mas relevancia si se considera que, en un principio, las penas consignadas en los artículos 52 bis y 52 bis1 no permiten al procesado gozar de libertad provisional, por exceder de 5 años el termino medio aritmético de tales penas, a menos que, con fundamento en el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales, que es el aplicable a estos casos, el juez decida, previo cumplimiento de los requisitos en dicho precepto señalados, conceder la libertad provisional que bien puede negar. "La negativa del Juez, traería como consecuencia que durante todo el proceso, sea el probable responsable condenado o no en juicio, permanecerá en la cárcel y esto le ocasiona un claro daño en su economía, su imagen y su familia".(34)

³⁴ MEMORIA SEGUNDO ENCUENTRO INTERNACIONAL DE DERECHO BURSÁTIL. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros A.C. p. 7334 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa, México, 1995, p.80

Para concluir, nos vamos a referir al artículo 52 bis 2, que sanciona como ya se apuntó por fortuna con seis meses a 5 años de prisión y decimos que por fortuna con base en los razonamientos antes expuestos de penalidad, y multa de dos a tres veces el beneficio obtenido o la pérdida evitada, a los miembros del consejo de administración, directores, gerentes y factores de sociedades emisoras de valores, de títulos de crédito y de documentos a que se refiere el artículo 3° de la Ley en cuestión, que se ubiquen en dos supuestos.

Debo aclarar que, como veremos en la descripción de las conductas típicas, el delito contemplado en el artículo 52 bis, siendo un delito especial, por cometerse sólo por las personas específicamente designadas en el tipo penal y no por cualquier persona que lleve cabo la conducta descrita, no es un delito formal o de peligro pues como veremos, el tipo penal contempla al necesidad de un resultado.

Los supuestos por los que se tipifica la conducta son, que los mencionados miembros del consejo de administración, directores, gerentes y factores de una emisora:

Primero, que a sabiendas en prospecto de información al público o por cualquier otra vía, mediante el uso de información falsa, relativa a la sociedad emisora con que se encuentran vinculados, y no cualquier otra, obtengan un lucro indebido o se eviten una pérdida, en este segundo caso por ejemplo mediante la venta de los valores que posean antes de su caída, que puede representarles una pérdida respecto del precio de adquisición.

El segundo supuesto consignado y materia de la presente tesis, consiste en que las personas antes descritas, reiteró sólo los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes y factores de las sociedades emisoras de valores, mediante el uso de información privilegiada definida en el artículo 16 bis ya examinado, proveniente de la emisora con que se encuentre vinculada (obsérvese que aquí si se requiere que la información privilegiada provenga de la emisora a la que se presten sus servicios los agentes delitos), obtengan un lucro indebido o se eviten una pérdida a través de la adquisición o enajenación de valores emitidos por la propia sociedad, cuando la magnitud de éste información privilegiada sea tal, que produzca una variación igual o mayor al 10% entre los precios de venta o compra de las operaciones efectuadas por los responsables y el precio promedio del cierre de registros en bolsa sobre los mismos títulos, durante los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que la información privilegiada haya sido puesta en conocimiento del público.

Las mismas penas consignadas en éste artículo, se impondrán a los directivos y empleados de las Casas de Bolsa u otras entidades que intervengan como asesores en la oferta pública de valores, que llevan a cabo las conductas descritas en los supuestos 1 y 2 anteriores a los 30 días hábiles, previos y posteriores a la fecha en que concluya la oferta pública respectiva.

No se trata pues de supuestos en las que pueda incurrir cualquier persona, sino únicamente las directamente vinculadas con la sociedad emisora de los valores que se negocien, utilizando información privilegiada, o por los directivos o empleados de Casas de Bolsa o entidades, que los asesoren en una oferta pública.

Espero que ésta pequeña síntesis sobre los delitos bursátiles haya dado un panorama mas amplio de que son y como están previstos en la Ley del Mercado de Valores.

2) Ley del Mercado de Valores, su naturaleza jurídica y fundamentación.

Continuando con un orden de ideas si hemos dicho que los delitos bursátiles son aquellos que se encuentran en la Ley del Mercado de Valores, es importante tocar algunos aspectos que a mi juicio son relevantes sobre la misma; aún y cuando en el subtema del Mercado de Valores hicimos referencia a éste fue de manera somera y mas bien dimos un panorama general de la misma, por lo que complementaremos haciendo notar su naturaleza jurídica, fundamentación y contenido de la misma.

Partiendo de 3 premisas:

Fundamentación de la Ley, las causas por las que el legislador considero necesaria la creación de éste nueva ley en la metaria, contenido de la misma y el capitulo de sanciones donde se encuadra el articulo en análisis.

Su fundamentación la encontramos en el articulo 73 Constitucional fracciones X y XXX que a la letra dicen:

Articulo 73.- El Congreso tiene la facultad

Fracción X.- "Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuesta y sorteos, energía eléctrica y nuclear,

intermediación y servicios financieros y para expedir las leyes del trabajo ó vigilancia del artículo 123”

Fracción XXX.- “Para expedir todas las leyes que sean necesarias a objeto de hacer efectivas las facultades y todas las otras concedidas por este Constitución a los poderes de la Unión” (35).

Esto nos indica que la fracción X le da el carácter de Ley Federal a los ordenamientos que de él emanen y la fracción XXX establece las facultades que el Congreso tiene para hacer cumplir los objetivos del artículo 73.

Naturaleza Jurídica

Por lo que hace a las causas o razones del legislador para dar origen a la Ley del Mercado de Valores, las podemos obtener a través de la exposición de motivos: “El régimen jurídico en la materia, se integra por un muy considerable número de ordenamientos y disposiciones reglamentarias expedido en un tiempo de mas de 7 lustros.

Estas normas carentes de unidad, presentan omisiones y deficiencias, que deben subsanarse a fin de propiciar un adecuado crecimiento del Mercado de Valores en México” (36)

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ib 1, p. 80

³⁶ Ley del Mercado de Valores. Exposición de motivos, p. 13

De lo anterior se puede concluir que la finalidad de ésta ley es revitalizar el Mercado de Valores mediante la certidumbre de los valores objeto de las transacciones.

3) Contenido de la Ley.

En cuanto al contenido de la misma a continuación se da un panorama genérico de la misma, teniendo especial relevancia para la presente investigación, algunos puntos que tocamos con mayor detalle.

A lo largo de la historia el Sistema Financiero Mexicano ha notado importantes avances, pero sigue siendo pobre. Con la Ley del Mercado de Valores, publicada el 3 de enero de 1975, el gobierno trata de dar un marco jurídico adecuado para promover e impulsar su desarrollo.

Es a través de datos estadísticos proporcionados por los Agentes de Bolsa que se trata de unificar los precios de valores semejantes en un momento dado. "Al alcanzar esta pequeña meta se logra erradicar la incertidumbre y se logra un precio mas real, lo cual ayuda a que los que contratan vean que existe transparencia en las transacciones ya que dichos precios se establecen de acuerdo a la oferta y a la demanda y no se derivan simplemente de la ignorancia".(37)

³⁷ Barrera Graf, Jorge y Rodolfo León León. "Estudios de Derecho Hurstail". Academia Mexicana de Derecho Hurstail y de los Mercados Financieros, México, p.32

La ley no permite la tenencia física de los títulos de crédito o los valores a los agentes de bolsa.

También se trata de promover el equilibrio y la competencia leal, entre los intermediarios, compradores y los vendedores aprovechando las facilidades de la infraestructura e instituciones existentes.

Es relevante mencionar que al operar las Instituciones de Crédito a través de los Agentes de Valores, se propicia la unificación de mercados, esto es, en vez de que estén aislados e imperfectos se unen logrando una mayor liquidez y precios relativamente mas estables en beneficio de los emisores e inversionistas y de las Instituciones de Crédito.

“Las bolsas son un instrumento de comunicación entre vendedores y compradores, se advierte la modalidad de que las divisas y metales no son susceptibles de operación en bolsa” (38).

Ya que las divisas quedan ubicadas en el ámbito bancario y los metales preciosos al no presentar estos un desarrollo, los agentes podrán hacer transacciones con ellos sólo como complemento de sus funciones.

³⁸ Barrera Graf, Jorge y Rodolfo León León. “Estudios de Derecho Bursátil”. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros, México, p.33

Esta ley se reduce básicamente a tres postulados:

a) Dota al mercado de valores de mecanismos que le permiten conocer debidamente los títulos que se comercializan y dar a las operaciones realizadas en su seno la seguridad que requieren.

b) Regula la actividad de todos aquellos que intervienen en la transacción de valores.

c) Hace participe a las instituciones auxiliares de crédito y a las instituciones de seguros en el Mercado de Valores para la realización de sus fines.

Como ya se hizo mención anteriormente la ley del Mercado de Valores se compone actualmente de 10 capítulos, dicha ley no cuenta con un capítulo específico de sanciones, pero prevé infracciones de carácter pecuniario por incumplimiento o violación por parte de las instituciones u organizaciones a las disposiciones y privativas de libertad como es el caso del artículo en comento.

Una vez que se ha dado un panorama general de la presente ley y de la exposición de motivos del legislador, se nota que el principal objetivo del legislador es dar mayores facilidades para que el público inversionista invierta y aún cuando habla de su preocupación por la certidumbre y la información y algunas otras cuestiones en favor de los inversionistas, creo que cabe mencionar que deja en un plano muy secundario a las sanciones y aún se preocupa menos por ver y estudiar debidamente en que otro tipo de ilícitos pueden incurrir las Instituciones de Crédito, las casas de bolsa, sus miembros, sus empleados que trabajan directamente en la Bolsa Mexicana de Valores, aparte de que en cierta forma desprotegen en vez de proteger al inversionista, al establecer que el

único que podrá iniciar querrela alguna, por transgredir la ley o por la comisión de algún delito es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así que si este Organismo no lo considera necesario o no cree que existan elementos suficientes para iniciar una querrela, se deja en indefensión a toda la gente que invierte; sin embargo pareciera que esto no le importa mucho al legislador, toda vez que no ha hecho un estudio profundo de los artículos en los que impone alguna sanción pecuniaria o privativa de libertad, ya que los que existen actualmente tienen un cierto grado de obsoletos, que los posibles delinquentes han encontrados métodos y artimañas para no encuadrarse en las hipótesis establecidas, lo anterior lo podemos constatar ya que anualmente existen un promedio de cinco Querellas iniciadas.

Tal parece que la gente que invierte en Bolsa, no se percata de que en cualquier momento esta latente la posibilidad de que se otro "CRACK" como el que sucedió en el año de 1986, ya que el Mercado Bursátil es de gran volatilidad y los únicos que salen ganando son aquellos con acceso a información privilegiada que pueden comprar o vender a tiempo sabedores de lo puede o va a suceder.

Dentro de los delitos bursátiles no hay que olvidar que aunque están previstos en algunos artículos de la Ley del Mercado de Valores, lo que les da vida jurídica es el artículo 6° del Código Penal al cual ya se hizo alusión, ya que en un principio se pensó que todos los delitos estuvieran en la legislación penal, sin embargo esto es imposible toda vez que el derecho al ser cambiante y evolucionar junto con la sociedad, esta evoluciona de una manera increíblemente veloz, esto ocasiona que también vayan existiendo mayor número de conductas que pueden ser consideradas como delictuosas y

no puedan estar todas en un sólo Código Penal, por eso es que hay delitos diseminados en distintas leyes de carácter administrativo como es el caso de la presente.

Así pues es el Código Penal Vigente para el Distrito Federal quien en su artículo 6º sirve como marco jurídico del artículo 52 bis fracción II de la Ley del Mercado de Valores mismo que establece una conducta que es encuadrada como delito ya que tenemos un sujeto activo, un sujeto pasivo y una sanción, la cual va más allá de una simple infracción administrativa al alcanzar pena privativa de libertad, si así lo considerase el juez.

Por último la Constitución, la cual aunque es el principal marco jurídico ya se hizo alusión a la misma, esto en razón de que como ya se dijo el artículo en cuestión se encuentra previsto en la Ley del Mercado Valores y de la cual su origen o fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 73 fracciones X y XXX.

Una vez analizado lo anterior podemos concluir diciendo que el Marco Jurídico de los Delitos Bursátiles está constituido por la Constitución Mexicana, la Ley del Mercado de Valores y el Código Penal Vigente.

4) Bolsa Mexicana de Valores.

La Bolsa Mexicana de Valores, esta merece un punto aparte ya que aunque anteriormente se hizo mención de sus antecedentes históricos es de gran importancia para el presente hablar y conocer más sobre esta Institución.

Lo anterior en razón de que es ahí en la Bolsa donde se llevan a cabo físicamente la venta y compra de valores o títulos de crédito, es éste pues donde físicamente se puede encuadrar la conducta delictiva que marca el artículo 52 bis fracción II de la Ley del Mercado de Valores, ya que aquí se refleja el uso no permitida de la Información Privilegiada, ya que la persona que sería el sujeto activo y que tiene acceso a la misma, sólo realiza una llamada telefónica en el caso mas burdo y le indica a su operador, gerente o director que venda o compre, sin darle explicación alguna, situación que posteriormente se refleja al evitar una pérdida para él o para un tercero u obtener una ganancia según sea el caso.

a) Antecedentes

Tal y como lo mencionamos en los antecedentes históricos del Derecho Bursátil, diremos que una manera mas específica de las primeras manifestaciones de Actividad Financiera en México se remonta a la Colonia con el establecimiento de la Casa de Moneda en el año de 1536 y la fundación del Monte de Piedad en 1775 que fue la primera Institución de Crédito.

Consumada la Independencia, se crearon la Secretaría de Hacienda en 1821, hoy conocida como Secretaria de Hacienda y Crédito Público; el Banco de Avío en 1830, que fue la primera Institución de Promoción Industrial y el primer banco emisor de billetes en 1864 como pasos importantes hacia la construcción de un Sistema Financiero Nacional.(39)

³⁹ Barrera Graf, Jorge y Rodolfo León León. "Estudios de Derecho Bursátil". Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros, México, p.33

La negociación de títulos de crédito comenzó hacia 1850 a causa del auge minero, de ahí que en 1867 se promulgara un **Ley Reglamentaria de Correteaje de Valores**. Sin embargo fue hasta 1894 que se constituyó la Bolsa de México, primer Mercado de Valores organizado, cuyo inicio de operaciones ocurrió al año siguiente.

“Entre aquel primer mercado y la actual Bolsa Mexicana de Valores (BMV) se da un vinculación institucional y una continuidad operativa que sólo se ha visto interrumpida durante breves lapsos, dados por la inestabilidad monetaria del país causada por los cambios de regímenes durante la Revolución Mexicana y por las dificultades financieras a nivel internacional, que fueron secuela de la Primera Guerra Mundial” (40).

El sistema financiero y bursátil de México, obtuvo con la primera Comisión Bancaria en 1924, una estructura organizativa básica, formalizada por la **Ley de Organizaciones de Crédito** de 1932 y la **Ley Reglamentaria de Bolsas** de 1933. Este marco jurídico permanece intacto hasta 1976.

Al ser promulgada la Ley del Mercado de Valores en 1975 se abrieron nuevas y amplias posibilidades de evolución para el mercado organizado.

⁴⁰ Internet. Bolsa Mexicana de Valores. p. 1

La Bolsa de Valores de México cambio su denominación por la actual Bolsa Mexicana de Valores e incorporó en su ámbito las actividades que hasta entonces se desarrollaban en el propio mercado de la capital y de las bolsas de Guadalajara y Monterrey, cuyos socios se integraron a la nueva Institución.

En esta renovada fase pueden destacarse la fundación de organismos de apoyo como el deposito de Valores (S.D. Indeval de 1978) y de representación de los Intermediarios (Asociación de Intermediarios Bursátiles AMIB en 1980). En 1990 se produjo la restitución del régimen mixto de Banca y Crédito, que hizo posible la reprivatización de los banco y la consolidación de los grupos financieros por medio de la Ley de Agrupaciones Financieras y en 1993 se efectuó la primera emisión en el mercado para la mediana empresa o MMEX, antes llamado Mercado Intermedio.

“Las mas recientes modificaciones a la Ley del Mercado de Valores consideran la internacionalización ordenada de la actividad bursátil nacional, la desregulación de operaciones en favor de la autorregulación del mercado en función de su sano desarrollo, la simplificación administrativa y la creación de grupos financieros y no bancarios.”(41)

La inauguración del Centro Bursátil en 1990, en el mes de abril, puede tomarse como signo del acelerado proceso de transformación y de la nueva realidad que vive actualmente la Bolsa Mexicana de Valores, reflejo también de su importancia en el ámbito nacional e internacional.

⁴¹ Internet. Bolsa Mexicana de Valores. p. 2.

Con la introducción de moderna tecnología, informática, la BMV ha desarrollado nuevos sistemas operativos que al mejorar sistemáticamente los procesos de transacción de valores, títulos y difusión de información. le confieren al mercado gran dinamismo y transparencia.

La inversión productiva a su vez a contribuido a aumentar el acervo del capital del país, vital para aumentar la oferta de empleos, la productividad, la mano de obra y la competitividad de los productos mexicanos con el exterior.

“Así el mercado bursátil no puede quedarse atrás, el nuevo edificio cuenta con 21 niveles y una cúpula en la cual se realizan todas las transacciones de valores y es donde se encuentran los operadores de bolsa que son quienes realizan materialmente las operaciones”.(42)

“Lo mas importante es la seguridad interna del edificio, la cual se garantiza mediante un conjunto de dispositivos en la entrada del edificio, circuito cerrado de vigilancia en todo el inmueble y un sistema de cerraduras electrónicas que permiten restringir el acceso a zonas determinadas del Centro, según niveles de autoridad.

⁴² Internet. Bolsa Mexicana de Valores. p. 3

El Centro bursátil dispone de dos subestaciones eléctricas y dos plantas propias de generación, mas un sistema de pilas de respaldo que impide que ocurra la mas breve interrupción de energía eléctrica en el piso de remates y en el Centro de Computo.”(43)

Lo anterior lo que refleja es que las personas que están dentro de la empresa, debe ser gente muy capaz, inteligente y con un gran sentido de la responsabilidad, de querer mejorar día con día y perfeccionar todo lo que implica la Bolsa de Valores, la cual va cobrando mayor importancia con el paso del tiempo.

En este caso la gente del Mercado Bursátil comenzó por tener un inmueble donde convergieran los inversionistas que antes estaban separados como lo eran los de las Bolsas de Guadalajara y Monterrey, así la Bolsa Mexicana de Valores y el Mercado Financiero pueden competir con las Bolsas y Mercados extranjeros, convirtiéndose así en la de mayor importancia de Centro América y el Caribe.

b) Objeto de la Bolsa Mexicana de Valores.

La bolsa es una clase especial de mercado que se distingue por una serie de características, como son la organización corporativa, ser frecuentada por comerciantes especializados, la circunstancia o hecho de no encontrarse los objetos sobre los cuales se oferta y demanda y fundamentalmente el tipo de negocios que en ella se realiza y la cotización de estos.

⁴³ Internet. Bolsa Mexicana de Valores. p. 3

Podemos conceptualar a la Bolsa como un centro financiero donde acuden los empresarios a exponer y ofrecer públicamente sus títulos, lugar donde los inversionistas los analizan, valorizan y adquieren, volviéndose así de alguna forma parte de las empresas. Así pues se puede decir que la Bolsa es un sistema de incorporación del público a las empresas, donde el público inversionista se vuelve un poco empresario, al conocer el riesgo y su recompensa, la mecánica operativa de los negocios así como las condiciones económicas y políticas del país.

Factores de los cuales la gente no inversionista, no toma mucho en consideración, sin embargo en dichos factores es donde se corre el riesgo y son los que verdaderamente pueden hacer que el público inversionista gane o pierda.

“La Bolsa tiene por objeto canalizar el ahorro y facilitar la transacción de valores mediante una adecuada organización que permita la formación de precios justos que sirven a su vez de referencia para relaciones jurídico económicas ajenas a dicho mercado.”(44)

Algunos aspectos importantes de la bolsa son:

Su función económica es importantísima ya que permite que las operaciones comerciales se realicen con mayor rapidez y regularidad a causa del contacto personal entre compradores y vendedores especializados en las operaciones que realizan.

⁴⁴ Internet, Bolsa Mexicana de Valores, p. 5

El agrupamiento de oferta y demanda y la información que sobre ambas proporciona la bolsa logran un equilibrio, lo que hace que la Bolsa sea un mercado de formación de precios; además de ser el complemento natural de los bancos ya que estos acumulan capitales y la Bolsa se encarga de distribuirlos.

“Para los comerciantes la Bolsa es una salida de mucha ayuda ya que es un procedimiento barato de financiamiento, esto es llevan sus acciones, se especula sobre su precio y venden porcentaje de estas, de este modo obtienen dinero líquido para su autofinanciamiento y pueda seguir creciendo la empresa y al crecer ésta aumenta su valor, lo que reditúa en un beneficio total.”(45)

Así la cotización es un parámetro de la situación económica y política del país, repercutiendo en la economía en general. Así algunos autores opinan que es un instrumento que sirve para medir el rendimiento de la economía capitalista.

Con esto podemos concluir que en la Bolsa de Valores no realizan operaciones de crédito, no captan dinero o capitales directamente del público. Además ninguna bolsa vende o compra valores, las transacciones se realizan entre los miembros pero únicamente sobre los valores registrados en la propia Bolsa. No opera directamente con el público sino a través de los Agentes de Valores. Tampoco otorgan créditos a quienes lo solicitan ni celebran por sí mismos operaciones bursátiles.

⁴⁵ Internet, Bolsa Mexicana de Valores. p.3

La Bolsa da a conocer los resultados de las operaciones realizadas, a través de los boletines diarios, semanales, mensuales y un compendio anual llamado Anuario Financiero y Bursátil. Además difunde resultados trimestrales de las emisoras, la intervención sobre asambleas de accionistas que en ellas se celebran, noticias que se consideran de interés público sobre el comportamiento de estas emisoras y un gran número de folletos.

Hablando un poco del organigrama de la misma, podemos decir que el "órgano supremo de la BMV es su Asamblea de Accionistas, la cual elige y delega sus atribuciones en el Consejo de Administración, el cual esta integrado por Representantes de las Casas de Bolsa; personas de reconocido prestigio profesional que no desempeñan al mismo tiempo algún otro cargo, empleo o comisiones en las Casas de Bolsa, funcionarios ejecutivos y otros organismos relacionados con el Sistema Financiero Mexicano".

Principales áreas de auxilio de la Bolsa Mexicana de Valores:
Información y Estadística.

Ante la sociedad en general y la comunidad bursátil en particular, proporciona productos y servicios de información, a través de los medios electrónicos de comunicación e impresores, a nivel nacional e internacional, incluyendo la promoción de su aprovechamiento por parte de los interesados.

Normatividad

Atendiendo a las facultades que las entidades reguladoras del mercado y la legislación vigente asignan a la BMV, establecen las reglas operativas y de conducta a que deberán sujetarse las emisoras, intermediarios bursátiles y demás participantes en el mercado, instrumentando los mecanismos que permitan su monitoreo y fomenten la autorregulación.

Operaciones

Establece normas, políticas y procedimientos de servicios que permitan la concentración de operaciones con un alto nivel de eficacia, oportunidad y seguridad.

Promoción Institucional

Diseña y ejecuta productos que contribuyen a fomentar la cultura bursátil en México y que incrementan la competitividad internacional del Mercado de Valores organizado.

Recursos financieros y materiales

Administra los recursos que se precisan para el cumplimiento adecuado y oportuno de los objetivos y funciones de la BMV.

Sistemas

Administra, norma y regula el funcionamiento de los sistemas de operación e información electrónicos de la BMV y en general promueve la adopción de los recursos electrónicos de la automatización que contribuyen a la modernización de la actividad bursátil.

Derivados

Contribuye al establecimiento de normas, procedimientos y servicios para el desarrollo de un mercado de derivados modernos y competitivos.

El financiamiento al sector privado nacional durante los primeros 6 seis años de ésta década fue mayor a 35 mil millones de dólares, cerca de 200 de las empresas mas grandes del país han listado sus acciones en la BMV, al mes de septiembre de 1996 el valor de capitalización del mercado accionario era superior a los 113 mil millones de dólares y el importe operado en acciones superaba los dos millones de dólares.

La competitividad y desarrollo de cualquier país, depende en gran medida de la existencia de un mercado de capitales consolidado y de una industria bursátil bien organizada.

Instituciones de soporte.

Asociación Mexicana de Intermediarios Bursátiles

Representa a los Intermediarios Bursátiles en particular ante las autoridades reguladoras. Su objetivo principal es el de promover el desarrollo saludable de las tareas de intermediación y la adopción de medidas de autorregulación, al tiempo que defiende los intereses de sus asociados y del mercado de valores en general.

Academia Mexicana de Derecho Bursátil.

En un sentido amplio, contribuye a la modernización del marco normativo que rige las operaciones bursátiles. Entre sus actividades ésta la de actualizar permanentemente el derecho bursátil y difundir la legislación referente a esta actividad. Realiza investigaciones relacionadas con las normas que regulan el financiamiento del mercado, a fin de mejorarlo.

Ley del Mercado de Valores.

Misma que ha sido abordada ampliamente en el capítulo anterior y que en resumen regula la oferta pública de los valores, la intermediación de estos en el mercado, las actividades de las personas y entidades operativas que en el intervienen, la estructura y operación del Registro Nacional de Valores e Intermediarios y los alcances de las autoridades responsables de promover el desarrollo equilibrado del mercado y la sana competencia.

Ley de Sociedades de Inversión.

Esta ley define la organización y funcionamiento de cada una de las diferentes modalidades de Sociedades de Inversión (comunes, de deuda y de capital de riesgo) y de sus respectivos operadores; la intermediación de sus acciones en el mercado de valores y el papel de las autoridades encargadas de promover su sano desarrollo y de vigilar su estricto apego al marco normativo vigente.

Reglamento General Interior de la BMV.

Establece las normas operativas que se refieren a la administración, suspensión y exclusión de los socios de la BMV, requisitos de listados y mantenimiento de valores, así como su suspensión o cancelación, reglas generales de operación y de divulgación de información.

Código de Ética de la Comunidad Bursátil.

Obedece a la necesidad permanente de asegurar la integridad del mercado, manteniendo su transparencia y estándares de operación similares a los alcanzados en otras bolsas del mundo. Establece normas de conducta que promueven los usos y prácticas del mercado aplicables a los intermediarios bursátiles y su persona, los consejeros, directivos, representantes y empleados de las Instituciones de apoyo al mercado de valores, con los propósitos de evitar la manipulación de precios y el uso de información privilegiada y establecer un clima de alta confiabilidad.

Otras regulaciones

La negociación de valores en la BMV se rige adicionalmente por las disposiciones supletorias de las siguientes leyes:

Ley de Agrupaciones Financieras.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Inversión Extranjera.

Ley de Operaciones y Títulos de Crédito.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Leyes Mercantiles y de Procedimientos Civiles.

Código de Comercio.

c) Sistemas Automatizados

Sistema Convencional

El sistema convencional se refiere al esquema de operación que tiene lugar en el piso de remates, ubicado en las instalaciones de la BMV en el que se reúnen para

ejecutar transacciones con valores del mercado de capitales, los representantes de las Casa de Bolsa, mejor conocidos como "operadores de bolsa ó de piso" que han sido autorizados para operar por la BMV y por la CNBV.

En el piso de remates se realizan cuatro tipo de operaciones que son de viva voz, en firme, de cruce y de cama.

Sistemas Automatizados

Como otras Bolsas del mundo, la BMV ha optado por incorporar el instrumental informático más moderno, seguro y confiable para realizar transacciones en forma automatizada, tanto en el mercado de capitales como en el mercado de deuda. Las alternativas de operación electrónica desarrolladas e instrumentadas por la BMV se describen a continuación.

BMV SENTRA Capitales.

Sistema electrónico de negociación, transacción, registro y asignación para el Mercado de Capitales.

Permite al usuario registrar ofertas públicas, consultar hechos y posturas, ingresar ordenes y "cerrar" operaciones con Warrants y valores accesorios tanto del mercado principal como del mercado para la mediana empresa mexicana, así como registrar precios de valores de sociedades de inversión y negociar "Picos".

El operador del sistema puede ingresar órdenes en firma y en cruce; asimismo tiene la posibilidad de configurar la pantalla y crear o modificar una o mas carteras de valores, de acuerdo con la estrategia por él establecida.

La pantalla se divide en secciones o ventanas que confieren un sistema funcional, el cual facilita el seguimiento del mercado y la oportuna toma de decisiones en un ambiente seguro y confiable.

BMV-SENTRA Titulos de Deuda.

Sistema electrónico de negociación, transacción, registro y asignación para títulos de deuda.

Este sistema, liberado en noviembre de 1995, permite negociar títulos de deuda, proporcionando al usuario un instrumental informático moderno, seguro y confiable para intervenir en corros y subastas, desde las mesas de dinero de los intermediarios participantes.

Permite trabajar con información en tiempo real, obtener una visión de conjunto de las posturas, identificar las mejores opciones de compra y venta e intervenir, directa y oportunamente en el mercado, desde terminales de computo ubicadas en las mesas de dinero de los intermediarios.

Asimismo, el sistema muestra a cada intermediario, en tiempo real, la posición "larga" o "corta" que guarda su institución y contribuye a la compleja labor de asignación de títulos al finalizar la jornada de operación.

Lotes y Pujas

Se denomina "lote a la cantidad mínima de títulos de crédito que convencionalmente se intercambian en una transacción. Para el mercado accionario, el lote se integra por mil títulos" (46).

Se denomina "puja al importe mínimo en que puede variar el precio unitario de cada título y se expresa como una fracción del precio del mercado o valor nominal de dicho título"(47). Para que sea válida una postura que pretenda cambiar el precio vigente de cualquier título lo debe hacer cuando menos por el monto de un puja.

Los lotes y las pujas cumplen el propósito de evitar la excesiva fragmentación del mercado y permitir el manejo de volúmenes estandarizados de títulos.

⁴⁶ Internet, Bolsa Mexicana de Valores, p. 10

⁴⁷ Internet, Bolsa Mexicana de Valores, p. 10

Pico

Se denomina "pico a la cantidad de títulos menor a la establecida por un lote".(48) Las transacciones con picos deben efectuarse al último precio y están sujetas a reglas particulares de operación.

Venta en Corto

Se denomina así a una modalidad de operación que consiste en la venta de títulos que no se tienen, mediante el recurso llamado de "posición corta".

El vendedor debe obtener un préstamo de los títulos que negoció, de parte de un prestamista autorizado y bajo compromiso de regresar títulos equivalentes, en igual cantidad, en la fecha preestablecida y con un premio como retribución por el préstamo.

Las ventas en corto contribuyen a estabilizar los precios, porque implican una operación inversa a la tendencia del mercado. Si la tendencia de los precios es baja, aquellos que vendieron en corto a un precio mayor podrán generar una utilidad al recomprar los títulos, lo que a su vez incrementará la demanda de los mismos; si la tendencia de los precios es a la alza, la venta en corto producirá el efecto contrario.

⁴⁸ Internet. Bolsa Mexicana de Valores. p. 11

Suspensión de operaciones.

Para evitar fluctuaciones excesivas y erráticas en los precios y con el objeto de procurar la incorporación de toda información relevante en el proceso de toma de decisiones por parte de los participantes en el mercado accionario, la BMV ha establecido un sistema de suspensión de operaciones.

Si el precio de mercado de una acción exceda, con respecto al precio de apertura, los rangos de fluctuación establecidos (a la alza y a la baja) su cotización a suspendida por un lapso determinado al final del cual se reinicia la operación, tomando como base el precio de la última transacción concertada y fijando nuevos rangos de fluctuación.

Suspensión de registro.

El consejo de administración de la BMV, tiene la facultad de suspender el registro de un determinado valor, lo que automáticamente suspende su operación. Dicha suspensión se da si el emisor no cumple con las obligaciones, normas y requisitos administrativos, pero sobre si todo si a juicio de la BMV se suscitan por razones imputables al emisor, condiciones que pueden causar perjuicios al público inversionista u operaciones fuera de los sanos usos y prácticas del mercado. Al realizar y dar a conocer la suspensión, la BMV debe fundamentar su decisión y fijar un plazo de duración.

La Bolsa Mexicana de Valores es una institución privada, constituida legalmente como sociedad anónima de capital variable, que opera por concesión de la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público, con apego a la ley del mercado de valores. Sus acciones son exclusivamente Casas de Bolsa autorizadas, los cuales poseen una acción cada una.

El objeto de la BMV a proporcionar la infraestructura y los servicios necesarios para la realización eficaz de los precios de emisión, colocación e intercambio de valores y títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otros instrumentos financieros.

Las empresas que requieren recursos (dinero) para financiar su operación o proyectos de expansión, puedan hacerlo a través de la Mercado de Valores organizado, mediante la emisión de Valores (acciones, obligaciones, papel comercial) que son puntos a disposición de los inversionistas (colocados) e intercambiados (comprados y vendidos) en la BMV, en un mercado de Libre Competencia y con igualdad de oportunidades para todos sus participantes.

Para realizar la oferta pública (colocación) de valores, la empresa acude a una casa de Bolsa que los ofrece (mercado primario) al gran público inversionista en el ámbito de la BMV.

d) Sujetos de la Relación Jurídica Bursátil.

Emisores.- Son las empresas industriales, comerciales o de servicios, dentro de los que se incluyen a instituciones del sistema financiero y las agrupaciones financieras así como el gobierno federal cuyos valores son materia del Registro Nacional de

Valores e Intermediarios por ser objeto de oferta pública o de intermediación del mercado de valores.

A las emisoras también se les denomina empresas abiertas porque ponen en circulación sus valores en el mercado bursátil.

Intermediarios.- "El agente de Valores es la figura del intermediario en operaciones bursátiles, en México son las Casas de Bolsa o Especialistas Bursátiles y en otros países", por ejemplo se les denomina Agente de Cambio, corredor de Bolsa, "stockbrokers".(49)

e) Agentes de cambio y de Bolsa.

En la actualidad la necesidad de financiamiento de las empresas y el simultáneo crecimiento de los ahorradores, ha obligado al Agente de Valores a montar una sofisticada red de servicios de comercialización, de información necesaria y otros, es por eso que la LMV se ha preocupado por fomentar la creación de las Casas de Bolsa a partir del año de 1975, soportando las modificaciones de 1985 y 1990 en las cuales se establece que sólo pueden ser intermediarios las Casas de Bolsa y los Especialistas

⁴⁹ Internat. Bolsa Mexicana de Valores, p. 13

Bursátiles, todo esto encaminado para alcanzar niveles de eficiencia y técnica mas elevados, esto es que a través de una organización institucional se pretende mejorar los servicios que se presta a la clientela, aumentar la protección de los intereses del público, además de facilitar la vigilancia de las autoridades, bajo una estricta organización.

Dentro de los servicios existen según Fernández Fianz los **Financieros** y los **Esenciales**.

Esenciales.- En el mercado bursátil, operaciones sobre valores registrados, intermediarios y en la bolsa.

Mercado Extrabursátil.- Son las operaciones sobre valores inscritos en el **Registro Nacional de Valores e Intermediarios** que no cotizan en la bolsa.

Financiamiento de operaciones.- Prestamos a clientes y administración de fondos ajenos.

Servicios de Valores.- Introducción de valores a su cotización oficial en bolsa, custodia y deposito de valores, servicios a accionistas, transformación de títulos, cobro de dividendos, funciones y transformaciones.

El artículo 27 de la **Ley del Mercado de Valores** nos indica que las **Casas de Bolsa** deben rendir cierta información y nos indica lo siguiente:

Dar mensualmente información estadística sobre las operaciones y actividades que realizan, esta debe ser en forma global sin mencionar los nombres de los clientes.

Proporcionar estados financieros.

Dar aviso de la apertura, cambio de ubicación o cierre de oficinas.

Habría que destacar que las Casas de Bolsa son responsables ante el inversionista de la autenticidad e integridad de los valores que negocian, de la inscripción de último titular en los registros del emisor, así como de la continuidad de los valores y la autenticidad de estos, según el artículo 26 de la LMV.

f) Actividades de los Especialistas Bursátiles.

Es a partir de la reforma del 4 de enero de 1990, que se introduce en nuestro país esta nueva figura; es una figura innovada que en otros países ya tenía tiempo de existir, sin embargo en México encuentra autorizadas para actuar como Especialistas Bursátiles las Casas de Bolsa respecto de un bien determinado o valor, aunque también se puede constituir de nuevos participantes.

El artículo 22 de la LMV nos dice que un Especialista Bursátil es un intermediario por cuenta propia celebrando operaciones con los valores sobre los cuales se encuentra registrado como Especialista en la Bolsa de que sea socio.

Los especialistas bursátiles pueden realizar operaciones únicamente con otras Casas de Bolsa, otros Especialistas y con el público inversionista, en éste último caso de acuerdo a lo que marquen las circulares de la CNBV quienes establecerán los márgenes y montos de cotización conforme a los que están obligados a realizar la operación.

Entre las facultades de los Especialistas están las de recibir prestamos o créditos, mantener en guarda y administración sus valores, depositando los títulos en las Instituciones autorizadas, realizar operaciones con cargo a su capital global e invertir en sociedades que les presten servicios o auxiliares, todo esto al igual que las Casas de Bolsa.

Operaciones que pueden realizar.

Los especialistas bursátiles tienen prohibido realizar operaciones respecto de los valores de que sean especialistas, con los emisores de los mismos, realizar operaciones con los accionistas del especialista y de negar servicios respecto de los valores en los que se encuentran registrados como especialistas.

g) Autoridades.

Dentro de éste rubro tenemos que las instituciones reguladoras están encabezadas por la S.H.C.P., CNBV, Banxico y Banco de México.

En sentido riguroso, las entidades que cumplen la función reguladora del mercado de valores organizado son: la SHCP, la CNBV y Banco de México. No se hace

aquí una exhaustiva relación de su facultades y funciones, sino que únicamente se destacan algunas de las relativas al mercado de valores, que son las de interés para la presente investigación.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Este organismo es la máxima autoridad del Gobierno Federal en materia económica y también el brazo ejecutor de la política financiero. Entre otras funciones, le corresponde otorgar o revocar las concesiones de los intermediarios bursátiles y Bolsas de Valores, definir sus áreas de actividad y sancionar administrativamente a quienes infrinjan leyes y reglamentos.

La SHCP, la cual funge como cabeza del sector financiero y a través de la subsecretaria del ramo que en este caso es la Dirección de Seguros y Valores se encarga de la política monetaria y crediticia del país.

A continuación mencionaremos las principales funciones relacionadas con el mercado de valores que a la SHCP le corresponden:

I.- Interpretar para efectos administrativos la LMV y proveer mediante circulares cuanto a ella se refiera.

II.- Autoriza el capital de las Casas de Bolsa, la fusión de dos o mas Casas de Bolsa y los grupos financieros en los que estos Intermediarios actúen como contadores.

III.- Por último lo que mas interesa a la presente tesis la petición para perseguir los delitos cometidos por los administradores, funcionarios, empleados o apoderados para celebrar operaciones con el público de una Casa de Bolsa.

Otra autoridad es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y entre sus facultades, están las de ser el organismo regulador del mercado de valores y de inspeccionar y vigilar el funcionamiento de las entidades del mercado.

En concreto diremos que básicamente las facultades de la CNBV pueden agruparse en la inspección y vigilancia que realiza sobre los agentes de bolsa y emisores de valores, la intervención, administración y cancelación de las autorizaciones y registros, además de ser el órgano de consulta en materia del mercado de valores.

Otra autoridad es el Banco de México, dentro de éste es el Instituto Central el que se encarga de la materia del mercado de valores y sus funciones las cuales las establece la LMV y que mencionaremos sólo someramente ya que no tienen mayor relevancia para el presente:

Las Casas de Bolsa y los Especialistas bursátiles podrán recibir créditos y prestamos de Instituciones de Crédito u organismos de apoyo al mercado de valores, ajustándose a las reglas del Banco de México..

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Los intermediarios bursátiles también pueden conceder créditos para la adquisición de valores con garantía de los mismos y su clientela, siempre en términos de las disposiciones del Banco de México.

Es la institución financiera constituida como Banco Central, que goza de autonomía y que tiene a su cargo proveer al país de moneda nacional, colocar instrumentos crediticios y gubernamentales, salvaguardar contra el surgimiento de la inflación y contribuir a la estabilidad del peso mexicano frente a divisa extranjera, así como establecer los criterios a los que deben sujetarse los participantes en el mercado de deuda.

CAPITULO III.

MARCO TEORICO.

1) El Manejo Ilícito de Información Privilegiada. Antecedentes históricos y situación actual.

Es importante al inicio de cualquier tema de investigación, buscar los precedentes que nos expliquen las razones que hicieron surgir la institución, cómo y para que se reguló el fenómeno que nos ocupa.

Tratándose del uso de información privilegiada, resulta difícil hablar de los antecedentes, pues es hasta años recientes cuando el tema comienza a cobrar importancia y los países a ocuparse de su regulación y estudio, por lo que la mención que haremos de la evolución doctrinaria del uso indebido de información privilegiada será breve.

Trataremos de explicar las razones que hicieron que hicieron surgir la reglamentación para controlar el uso de información de éste tipo, los daños que causa o si como, algunos afirman su control no causa daño alguno a los inversionistas y su represión sí lesiona la libertad de concurrencia.

No podemos negar que dado que surgen los mercados de valores han existido personas que teniendo conocimiento no difundidos en entre el público, se aprovecharon de ellos para obtener mayores ganancias, sin embargo, la necesidad de regulación de éste fenómeno pudo tener como explicación que en un mercado que inicia su

funcionamiento, no se evalúan ni se conocen todos los beneficios o prejuicios que determinadas actitudes de los participantes puedan ocasionar en el mercado.

Por otra parte, no puede a priori verse mal el preguntar a quien se considera mas interesado, en qué se deban invertir los recursos con que se cuenta para obtener las máximas ganancias posibles, o el aprovecharse de ese conocimiento, como si fuera algo lícito y producto de un privilegio que la ocasión o la fortuna le proporciona.

La determinación de quien o a quienes afecta la ganancia obtenidas de una inversión en bolsa no es fácil, pues mientras mas actividad hay en un mercado, habrá quienes al vender o comprar ganen o pierdan, pero de quienes provenian los fondos de la ganancia, o a quién se dio a ganar con la perdida sufrida, son cuestiones que no siempre tienen fácil respuesta.

Históricamente, al decir Bevis Longstreth, "Durante la primera mitad de ésta siglo era común que los inversionistas de los Estados Unidos, ya fuera por si mismos o como intermediarios, usaron la información privilegiada para invertir.(57) La información no publicada era una importante herramienta para el inversionista, mas importante que la pericia, el ingenio o la visión. Los intermediarios y directivos del mercado, frecuentemente eran escogidos por su posición en los altos puestos de las empresas y por su fácil desenvolvimiento que éste posición le permita.

La Security Exchange Act 1934, incluyo en la sección 16b en la que se establece que las utilidades obtenidas en corto tiempo por el uso de información

privilegiada son recobrables por la emisora. Esta reglamentación tiene la importancia de ser una de las primeras regulaciones que tocan el tema.

Sin embargo desde 1942, cuando la SEC emitió su regla 106-S para prohibir el uso de información privilegiada, se ha captado en la comunidad financiera de ese país, un cambio en el interés de determinar lo que éste bien y lo que éste mal, lo que es legal y lo que ilegal, lo que es apropiado e inapropiado sobre el uso de información no publicada.”(50)

Antecedente Legislativo en México.

Del combate de éste indeseable fenómeno de uso de información privilegiada, fue hasta 1983 cuando el legislador mexicano se ocupó, mediante adiciones a la LMV en una regulación equívocada e insuficiente que no fue aplicada a la práctica.

Según la exposición de motivos de la iniciativa que el Presidente de la República envió al Congreso de la Unión al efecto, era necesario evitar que las personas vinculadas con sociedades emisoras de valores, los intermediarios en el mercado bursátil y en general cualquier persona que directa o indirectamente tenga acceso a información privilegiada proveniente de las mismas emisoras, la utilice en perjuicio del público inversionista.

Otro antecedente significativo lo constituye el llamado Código de Ética Bursátil, en donde aún y cuando no existen sanciones se hace referencia a que las personas que tengan acceso a la información privilegiada, no hagan mal uso de ella y no la aprovechen en su favor.

Se atiende a la ética de cada persona, ya que como se dijo no existía ninguna sanción, ya que algo muy característico del ambiente bursátil es la práctica de sanas prácticas.

Pero sólo fue cuestión de tiempo para su regulación, ya existe mucha gente ambiciosa y sin escrúpulos a las cuales no les importa lo que dicha Código establezca y menos el llevar a cabo las sanas prácticas.

2.- Información Privilegiada. Concepto

Por la importancia del tema y las últimas modificaciones a la Ley del Mercado de Valores por lo que respecta a la información privilegiada es necesario hacer un análisis de la misma que comienza por el Concepto.

Es evidente que una figura como la de la información privilegiada, debe ser adecuadamente regulada, aclarando todos los conceptos que sean necesarios y utilizando directrices que ofrezcan una alta seguridad jurídica a las personas que pudieran verse afectadas por el uso de dicha información, así como la precisión del ejercicio de las autoridades en control y sanción en contra de las personas que hagan uso de la misma.

No obstante la importancia de las actuales modificaciones es la Ley del Mercado de Valores estoy seguro de todo lo relacionado con información privilegiada se irá incrementado constantemente hasta llegar a parámetros comparables de regulación comparable a los estándares internacionales como un elemento de seguridad y equidad que debe proporcionarse a los inversionistas.

El artículo 16 bis de la Ley del Mercado de Valores, establece que por información privilegiada se entiende el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores, materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento del público.

Este es el concepto legal y que actualmente nos dice lo que es la información privilegiada, sin embargo ya que no existe un concepto universal del mismo hay otros de diferentes doctrinarios y países.

El maestro norteamericano Bevis Longstreth nos dice que en la búsqueda por encontrar un concepto de información privilegiada ésta ha sido definida por la Suprema Corte de los Estados Unidos como información que un inversionista razonable puede considerar importante para decidir, comprar, vender, retomar o votar un valor.

Por otra parte el maestro mexicano Octavio de Igartúa nos dice que "el concepto de operación con información privilegiada se usa generalmente para describir compras o ventas de valores de una emisora, realizados por o en favor de una persona cuya

relación con la propia emisora, es tal que puede tener acceso a información de importancia que no ésta disponible para el público en general”(51)

El concepto del maestro Longstreth nos parece amplio y deja a la apreciación subjetiva de qué debe entenderse por inversionista razonable y que información estima ese inversionista como importante

El segundo concepto del maestro Octavio de Igarúa también deja el cuestionamiento de cual es esa información de importancia, independientemente de que ya esta superado en nuestra ley vigente como veremos mas adelante.

Otros doctrinarios desglosan el concepto y nos dicen que primero debemos saber que se entiende por:

Información.- “Es todo aquello que se hace del conocimiento del hombre y se puede obtener a través de diferentes medios, ya sea de comunicación como la televisión, la radio, etc. y en general de todo el medio ambiente que nos rodea, aunado a que la información es captada por el hombre por medio de los diferentes sentidos con que cuenta, el tacto, el oído, la vista, el olfato y el gusto”.(52)

Privilegiado.- Se refiere a todo aquello a lo que sólo tienen acceso algunas personas.

⁵¹ Igarúa Ariza, Octavio. Introducción al Estudio del Derecho Buratíl. México, Porrúa. 1988, p30

⁵² Igarúa Ariza, Octavio. Introducción al Estudio del Derecho Buratíl. México, Porrúa. 1988, p31

La idea de éstos doctrinarios no es del todo errónea, sin embargo es muy general para algo tan específico como lo es el Mercado de Valores y lo que para él significa la Información privilegiada.

Pero como ya se vio en el tema anterior del presente capítulo, por lo menos en México el concepto de información privilegiada no fue como lo conocemos actualmente, ya que aquél en un principio tuvo muchas fallas, dejando muchas dudas y cabos sin atar, es con el paso del tiempo y con la preocupación por parte del legislador de regular de una forma mas eficaz, lo que hace que el concepto vaya mejorándose y como resultado se va logrando que cada vez sea mas exacto y específico.

3) Acceso a información privilegiada

Tal y como se menciona en el concepto de información privilegiada, sólo algunas personas pueden tener acceso a dicha información.

Es única y exclusivamente el ser humano, quien puede tener acceso a la información privilegiada y no cualquier hombre, sino sólo algunos, aquellos por la clase de trabajo que desempeñan, por su posición económica o alguna otra circunstancia, pueden tener acceso a información que otras personas no tienen.

En el caso particular del mercado de valores, es una información que no interesa o sirve a toda la gente, sino sólo a algunos que con él se encuentran vinculados de alguna forma, ya sea como inversionistas, intermediario bursátil o especialista bursátil por citar algunos.

Al referirnos a acceso también debemos hacer notar la forma en que se puede obtener dicha información privilegiada.

Hay muchas y diferentes formas, desde la amistad, pasando por una posición política, económico o social, hasta por una indiscreción de dos personas tomando un trago en un bar

Esto es la información privilegiada emana de muchas formas y lugares, como ya se vio es todo aquel acto, hecho o acontecimiento que puede lograr causar una influencia en los valores, pero no cualquier valor, sino sólo los que se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, es por eso que en muchas ocasiones, una persona que no se encuentra ligado al mercado de valores y por cualquier situación o circunstancia tiene acceso a cierta información que puede influir en el precio de algún valor, no le sirve ya que no tiene los conocimientos para saber de que forma puede utilizarla para obtener un beneficio para sí o para un tercero.

Es por lo anterior que la ley no castiga el acceso a la información privilegiada o la forma de obtención de la misma, porque sería un absurdo, ya que si dicha información no es usada de alguna manera que afecte al mercado no hay motivo para que fuera previsto en la ley y por consiguiente tuviera una sanción.

Lo expuesto es lógico ya que al suceder cualquier acto, hecho o acontecimiento, se enteran primero del mismo, una algunas personas que se encuentran en el lugar o que les llega primero la información, ya en forma posterior se compartirá con los demás; es

en ese preciso momento que ellos tienen información privilegiada ya que sólo ellos saben de ella y nadie más.

Igual sucede en el mercado de valores, siempre va a haber un número de gentes que tengan información que pueda influir en el precio de los valores antes que todo el público inversionista, pero mientras personas no se aprovechen de éste situación no hay problema, ya que ésta información sin que la sepa la demás gente no dura para siempre, rápidamente llegará al público inversionista y dejara de ser privilegiada.

En el tema siguiente, se hablará de aquellas personas que a juicio del legislador se presume pueden tener acceso a información privilegiada y utilizarla de forma que obtenga un beneficio o se evite una pérdida ya sea para él o para un tercero, con base en el conocimiento de dicha información

Concluiremos diciendo que un hecho fundamental es que la información privilegiada no es del conocimiento del público, ya que en este caso quien tiene la información privilegiada puede utilizarla en provecho propio, creando una injusta situación de oportunidades respecto del público inversionista. El acceso a dicha información puede ser por múltiples razones, como ya lo dijimos pudiendo ser por los puestos administrativos o de consejo de administración, auditorías de cualquier naturaleza, asesorías externas, análisis financieros, en que la información se obtiene y puede ser utilizada indebidamente.

4) Sujetos con acceso a información privilegiada.

Anteriormente, esto es hasta antes de las reformas de 1993, el artículo 16 bis 1 nos manifestaba que podían tener acceso a la información privilegiada ciertas personas que han cambiado pero haremos mención de las anteriores y anotaremos la que establece actualmente el artículo 16 bis 1.

Artículo 16 bis 1.- Para efectos de esta ley se presume que pueden tener acceso a información privilegiada relativa a las emisoras de que se trate:

I.- Los administradores, directivos, gerentes, factores, comisarios y secretarios de órganos de las sociedades con valores inscritos en el R.N.V.I.

II.- Los accionistas de las indicadas sociedades que detentan el control del 10% o más de acciones representativas de su capital social;

III.- Los prestadores de servicios independientes a dichas sociedades y sus asesores en general, así como los factores de las empresas y negocios de publicidad e impresión, cuando hayan participado, asesorando o celebrado en una sociedad emisora en cualquier evento que pueda influir en los precios de cotización de valores de dicha sociedad.

IV.- Los accionistas que detentan el 10% o más del capital social de las Casas de Bolsa y de los especialistas bursátiles, así como de los administradores de ambas y de

las sociedades operadoras de sociedades de inversión cuando se ubiquen en cualquiera de los casos previstos en las fracciones I y III respecto de sociedades emisoras, y:

V.- Los administradores de las Bolsas de Valores y de las instituciones para el depósito de valores, cuando se ubiquen en cualquiera de los casos previstos en las fracciones I y III respecto a las sociedades emisoras.

Con las reformas de 1993, el artículo 16 bis, quedó de la siguiente forma:

Artículo 16 bis 1.- señala que para los efectos de dicha ley se presume pueden tener acceso a información privilegiada relativa a las emisoras de que se trata, diversas personas que se enlistan de la fracción I a la VII.

Yo entiendo que éste artículo lo que quiere expresar es que existirá la presunción de que una persona pueda tener acceso a información privilegiada, cuando de acuerdo a el puesto que ocupa o funciones que realiza, interna o externamente con una emisora de valores, podrá conocer informaciones confidenciales a las cuales sólo se puede tener acceso atento a dicho puesto o funciones, informaciones que le darán la oportunidad de uso de información privilegiada sobre la emisora de que se trata en el mercado de valores.

I.- Señala como personas presuntas a tener acceso a información privilegiada a los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes, factores, comisarios y secretarios de órganos colegiados de las sociedades con valores inscritos en el RNVI, agregando a los auditores externos de dicha sociedad y cambiando el concepto anterior

de "administradores" por el nuevo de miembros del consejo de administración que es mas preciso.

II.- A los accionistas de las empresas emisoras que detenten el control de 10% o mas de acciones representativas del capital.

III.- Se modifica agregando como persona presunta con acceso a información privilegiada a los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes, y factores de sociedades que detenten el 10% o mas del capital social de la sociedad emisora.

IV.- Señala a los prestadores de servicio independiente, a dichas sociedades y sus asesores en general, asi como los factores de cualquier empresa o negocio que haya participado, asesorado o colaborado con una sociedad emisora en cualquier evento que puede significar información privilegiada.

V.- Agrega a los accionistas que detenten el control del 5% o mas del capital social de Instituciones de Crédito con valores inscritos en el RNVI.

VI.- Señala a los accionistas que detenten el 5% o mas del capital social de la sociedad controladora de grupos financieros o instrumentos de crédito, asi como quienes detenten el 10% o mas del capital social de otras entidades financieras, cuando todos ellos forman parte del grupo financiero y al menos uno de los integrantes del grupo sea emisor de valores inscritos en el RNVI.

VII.- Los miembros del consejo de administración de las sociedades controladoras y entidades financieras a que se refiere la fracción anterior.

Comentarios

Sobre la fracción III podemos decir que sin duda es un avance a la modificación legal de incluir a dichas personas, sin embargo existen accionistas que pudieran tener menos de dicho porcentaje y de alguna manera tener acceso a información privilegiada.

Con respecto a las fracciones VI y VII esta presunción es razonable ya que es evidente que las personas mencionadas en el supuesto tendrán acceso a información privilegiada.

En el artículo referido, no se encuentra claramente señalados a los directivos, empleados asesores externos y auditores externos de las sociedades controladoras y entidades financieras que integran los grupos financieros o bien las sociedades de inversión.

Un pequeño problema manifiesta el maestro Rodolfo León es que al ser casuístico el artículo dará lugar a alguna omisión, la cual deberá irse corrigiendo conforme a la evolución del Derecho Bursátil Mexicano.

Este es un problema importante al pretender encuadrar y regular a la figura jurídica de información privilegiada, buscando un tanto medio equitativo en un sistema financiero por naturaleza cambiante.

Las personas a que se refiere al fracción II de éste artículo, deberán informar a la CNV respecto de las variaciones en el porcentaje de su tenencia accionaria que implique la adquisición o pérdida de control de acciones que representen el 10 % o mas del capital de la sociedad de que se trate, dentro de los días hábiles siguientes a la fecha en que dichas cuentas se produzcan.

Artículo 16 bis 2.- Las personas a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 16 bis, se abstendrán de realizar directa o a través de interpósita persona, la adquisición de cualquier clase de valor emitido por la sociedad con la que se encuentre relacionada en virtud de su cargo o vínculo, durante un plazo de tres meses contados a partir de la última enajenación que hayan realizado respecto a cualquier clase de valor emitida por la misma sociedad, igual abstención deberá observar cuando se trate de enajenación y posterior adquisición de valores emitidos por la sociedad de que se trate.

Lo dispuesto por este artículo no será aplicable a las operaciones con valores que realicen las sociedades de inversión, las instituciones de crédito así como las instituciones de seguros y fianzas.

Con gran acierto la Ley estableció en el segundo de estos artículos una presunción "Juris et Iure" de poseer información privilegiada, a cargo de las personas descritas en el artículo 16 bis 1, a la que se prohíbe en el artículo siguiente, aunque con una inadecuada redacción, realizar en un periodo de tres meses dos operaciones contrarias, una de compra y una de venta o viceversa, con valores emitidos con la sociedad con que se encuentran relacionadas en virtud de su cargo o vínculo.

Evita con ello la Ley que se inicien procedimientos de comprobación del uso de información privilegiada y simplemente durante 3 meses, período en que las emisoras deben rendir información a la CNBV y a la Bolsa de Valores, las personas indicadas deben abstenerse de operar compras o ventas con títulos de cualquier clase ya sea accionarios o del mercado de dinero, emitidos por la sociedad a que se encuentran ligados.

Lo anterior no quiere decir que pasados estos tres meses, las personas contempladas en la norma ya pueden hacer uso de la información privilegiada, de que disfruten, ni que, cumpliendo estrictamente esos 3 meses, están libres de la aplicación de la regulación contra el uso de información privilegiada, pues si utilizando información de éste naturaleza una persona hace por ejemplo una compra o venta de títulos de la sociedad con la que se encuentra vinculadas y dicho uso de información privilegiada lo es comprobado, quedara sujeta a las sanciones que mas adelante mencionaremos, simplemente en este caso, el legislador estableció una prohibición general para que, durante un período razonable no se realicen compras y ventas de títulos de emisoras, por las personas directamente vinculadas con ella.

5) Uso Indevido de Información Privilegiada

Daremos principio al presente tema, haciendo referencia al objeto de regular el uso de información privilegiada, sobre lo cual el maestro Octavio de Igartúa nos dice es procurar que todos los inversionistas tengan igual acceso a los posibles beneficios del mercado y queden sujetos a los mismos riesgos.

Se reconoce que aquél que posee información privilegiada que no éste disponible para los demás, se encuentra en una posición de ventaja; el uso de esa información le permitirá obtener un beneficio mediante la compra o venta de los valores del emisor respecto del que posee dicha información

La confianza que el público debe tener en el mercado es algo vital para éste, pues difícilmente se da cuando existen temores.

La autoridad y los participantes en el mercado, deben procurar y preservar en todo tiempo la credibilidad de dicho mercado; como señala Irving Polak no existe ningún otro factor, con mayor fuerza para destruir la confianza del público inversionista que la impresión o el hecho de que alguien esté efectuando transacciones contra los intereses del público inversionista utilizando información interna o que no ha sido puesta en conocimiento del público, colocando a éste en desventaja; como se dice en el juego de cartas, nadie quiere jugar en una partida contra barajas marcadas.

La participación de "insiders" en operaciones, término que no siendo de nuestro idioma expresa de manera sencilla el concepto a que nos referiremos, encarece los precios del mercado y si bien atrae inversionistas, estos son los no deseados, pues dañan al elemento esencial de todo mercado que es la confianza.

Coincidimos plenamente con la afirmación de Irving Polak de que "un elemento clave para el mercado de capitales exitoso, es la confianza" (53).

Esto hace que la regulación del uso de información privilegiada se vuelva un tanto trascendente para la eficiencia del mercado, ya que lleva a una operación transparente de los mercados de valores y asegura la igualdad de oportunidades en la toma de decisiones de los inversionistas.

Al ser disfrutada la información de manera igual, pueden tomar los inversionistas sus decisiones con base en su conocimientos, pericia y habilidad de análisis, siendo responsables de su decisión. Para que esto ocurra, es importante que información trascendente de las emisoras sea del conocimiento público, por lo que no basta la información que se proporciona a la CNBV o a la Bolsa, incluso que se haga del conocimiento de los intermediarios, sino que debe estar al acceso del actual y potencial inversionista.

Como señala Bevis Logstreth “la prohibición de operaciones con información privilegiada estimula a otros inversionistas a participar en el mercado de valores con la seguridad de que encontrarán trato equitativo en el mismo. La reglamentación del mercado debe asegurar en la máxima medida que todos los inversionistas tendrán igual acceso a la información de importancia (que el llama material). Los inversionistas deben tener la seguridad de que su capacidad de análisis, aplicada a la información disponible, puede brindar la oportunidad de obtener utilidades” (54).

La confianza de los inversionistas en la equidad del mercado facilita la formación de capital, estimulando la participación masiva en nuevas emisiones y en los mercados secundarios. Aún mas si los "insiders" tuvieran la libertad de apropiarse de las ventajas de información secreta para ellos solamente, las emisoras podrían verse forzados a proporcionar mayor rentabilidad a sus valores, a fin de compensar a otros inversionistas por las utilidades que absorben aquellos.

Los empresarios deben ser compensados abiertamente con fondos de la tesorería de la corporación y no en la obscuridad con recursos provenientes de los bolsillos de los accionistas. En muchos casos, la gente que posee información privilegiada no es la misma que merece ser recompensada del esfuerzo empresarial, no tiene ningún sentido cuando el insider vende con base en malas noticias que aún no se han hecho del conocimiento del público.

Así pues legalmente es el artículo 16 bis el cual regula el uso indebido de información privilegiada desde 1990 y que decía:

Artículo 16 bis.- Las personas que tengan acceso a información privilegiada relativa a una sociedad emisora de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e

Intermediarios, deberán abstenerse de efectuar operaciones en beneficio propio o de terceros, con cualquier clase de valores emitidos por la misma sociedad mientras la citada información tenga el carácter indicado.

Como se observa, a diferencia del texto legal de 1983 la prohibición de utilizar información privilegiada se extiende a cualquier persona, hasta en tanto dicha información sea divulgada, prohibición que es no sólo aplicable a la operación de acciones sino a la de cualquier valor, incluyéndose obligaciones, papel comercial, etc.

Correctamente la Ley evitó por una parte, la fácil forma de violar la prohibición del uso de información privilegiada por personas que no se encuentren directamente vinculados con la sociedad emisora y la dificultad que representaba acreditar el origen de la información privilegiada derivaba precisamente de una persona directamente vinculada con la emisora, que había compartido tal información con sus parientes, amante, amigos o por simple indiscreción en un bar o café.

Lo que daña al mercado y propicia un aprovechamiento ilícito no es el origen de la información, sino su indebida utilización cuando no esta al acceso del público inversionista.

El segundo párrafo de este precepto, establecía que debía entenderse por información privilegiada al señalar:

Se entiende por información privilegiada la que proceda del emisor y a la cual el público no tiene acceso, cuyo conocimiento por éste pueda influir en los precios de los valores emitidos por la misma sociedad u otra

No puede considerarse por tanto como información privilegiada, el conocimiento de hechos trascendentes que sean ajenos al emisor, como pudiera ser una

devaluación monetaria, el descubrimiento del algún yacimiento de un nuevo mineral que afecte sensiblemente al mercado, la ocurrencia de algún siniestro en la cosecha, etc.

Se deja en este precepto sin resolver cuando se considera que el público ha tenido acceso a la información, debiendo interpretarse que dicho acceso se produce no cuando la información se de a conocer a la autoridad o a la Bolsa, como se decía en la regulación que antecedia a ésta, conforme al texto del artículo que examinamos, cuando efectivamente el público tenga acceso a dicha información es decir cuando se de a conocer a través de un medio de comunicación masiva.

Tampoco se incluía por tanto, el uso de información privilegiada que no fuera relativa a la sociedad, por ejemplo, cualquier acontecimiento que desde fuera influyese en la cotización de una acción inscrita en el Registro.

Como si toda ésta parcial concepción de información privilegiada fuera suficiente, agregaba el artículo 16 bis de 1990 que, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional de Valores en ese momento expedirá las disposiciones y criterios relativos a este artículo.

Quería decir éste agregado que a través de "disposiciones" deben entenderse de carácter general, aunque no lo decía la ley y "criterios", término ajeno a la normatividad podía determinarse la conducta que se considera violatoria a la ley, como consecuencia sancionada con apego a la misma, lo que hace preguntarse, sería legítimo en nuestro sistema jurídico la integración de una norma prohibitiva a través de "criterios".

Nunca se expidieron las disposiciones y criterios a que se refería este artículo, lo que sin duda implicó gran debilidad en la postura de la autoridad para la imposición de sanciones con base en este precepto, y de haberse aplicado.

El texto del artículo 16 bis que actualmente nos rige y que es el mismo desde las reformas de 1993, a la letra dice:

Artículo 16 bis.- "Para los efectos de ésta ley, se entiende por información privilegiada el conocimiento de hechos, actos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento del público.

Las personas que dispongan de información privilegiada, deberán abstenerse de efectuar operaciones en beneficio propio o de terceros, con cualquier clase de valores cuyo precio pueda ser influido por dicha información en tanta ésta tenga el carácter indicado.

Como podemos percatarnos hay cambios muy evidentes en este artículo de 1990 a las reformas de 1993, primeramente cambian de lugar los párrafos dándose ahora en el primero la definición legal de información privilegiada y en el segundo la prohibición de uso de dicha información para obtenerse un beneficio propio o a terceros

Agrega el artículo que analizamos, la novedad de que el conocimiento de la información de que se trata, puede influir en los precios de los valores emitidos por la sociedad emisora, o por otra, como sería el caso de noticias de alta significación por

ejemplo de una empresa minera de gran peso, cuyo éxito o fracaso sin duda influirá en los precios de las acciones de otras empresas del ramo.

Salta a la vista por otra parte, lo conveniente que hubiese sido la mayor precisión de la Ley sobre lo que se considera puede influir en los precios de valores, a fin de no dejar en lo posible a criterios subjetivo tan importante elemento de determinación de los que se entiende por información privilegiada.

La determinación de la información que puede influir en los precios de los valores es tan amplia, que puede ir desde el resultado de las operaciones diarias de una sociedad, hasta situaciones verdaderamente extraordinarias que van mas allá de las fluctuaciones y variaciones normales de operación y resultados, tomando en cuenta el entorno económico en que las operaciones se desarrollan.

Con motivo del decreto que ahora rige por lo que hace a las reformas en materia bursátil, se prohíbe que las personas que cuenten con información sobre actos, hechos, acontecimientos, capaces de influir en el precio de valores, cualquiera que sea la naturaleza de estos o el conducto por el que haya tenido conocimiento de los mismos, hacer uso de tal información en beneficio propio o de terceros, en tanto la misma no se haga del conocimiento del público.

Se incluye por tanto en la prohibición, el uso de información que provenga o no de la emisora o que se relacione o no con la misma, siempre que tal información sea capaz de influir en los precios de los valores que son materia de intermediación ene l mercado.

Se suprime además, la ya criticada mención a disposiciones y criterios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a propuesta de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Con esto la autoridad, quedará en plena posibilidad de proceder en contra de quienes transgredan la conducta prevista en el artículo 16 bis, debiendo acreditar en todo caso el conocimiento del infractor, de actos, hechos o acontecimientos que hayan influido en los precios de valores de que se trate y su utilización en beneficio propio o de terceros, así como la falta de difusión entre el público de tales actos, hechos o acontecimientos, todo lo cual plantea sin duda la necesidad de una cuidadosa investigación y probanza de la autoridad.

La segunda forma de combate al uso indebido de información privilegiada, consiste en la prohibición objetiva de realizar ventas durante un periodo inferior a 3 meses posterior a la última adquisición de valores determinados o de adquirir durante el mismo periodo posterior a la última venta del valor de que se trate, lo que se aclara debidamente en el decreto de 1993 siempre que los valores se encuentren inscritos en el RNVI. Como puede observarse éste último requisito excluye la disposición o prohibición a los valores que sean materia de cotización en la Sección Internacional de la Bolsa.

La transgresión a esta prohibición objetiva, por su posibilidad y claridad de firme acreditamiento, si ha sido materia de imposición de sanciones por parte de la autoridad.

Esta prohibición, se amplia en el decreto respecto del texto anterior, incluyéndose no sólo a los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes, factores y secretarios de órganos colegiados de sociedades emisoras, sino auditores externos y comisarios de las mismas.

Finalmente se comprende también en esta prohibición objetiva, a los prestadores de servicios independientes, a las sociedades emisoras y sus asesores, así como a los factores de cualquier empresa o negocio que haya participado, asesorado o colaborado con una sociedad emisora en cualquier evento que pueda significar información privilegiada.

Con todo lo anterior, se amplia el decreto en forma muy importante pero la mencionada prohibición objetiva en nada impide que las personas comprendidas en dicha prohibición operen en el mercado, siempre que entre las compras y las ventas se deje transcurrir cuando menos el citado plazo de 3 meses.

La información que debe rendirse a la CNBV sobre transferencias accionarias se mantiene, sólo para operaciones que impliquen la adquisición o pérdida del control del porcentaje accionario del 10% o más del capital de las emisoras, notificación que debería hacerse como señalamos anteriormente, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de operación de que se trate si está celebrada en Bolsa o previa a su celebración y 3 días después de su consumación, si se trata de adquisiciones o ventas fuera de Bolsa.

No exento de crítica pero aplicable, se excluye de esta prohibición objetiva a las operaciones que realicen por cuenta propia las Casas de Bolsa, los especialistas

bursátiles, las sociedades de inversión, las instituciones de crédito, las de seguros y finanzas, así como a las operaciones sobre títulos emitidas por Instituciones de Crédito, sólo cuando tales títulos sean representativos de su capital, certificados de participación u otros títulos semejantes.

En forma altamente previsoramente, se faculta en la Ley a la CNBV, para autorizar expresamente excepciones a esta prohibición objetiva, por ejemplo cuando se trate de reestructuraciones corporativas o recomposición de la tenencia accionaria de las sociedades emisoras, supuesto en el cual el uso de información privilegiada que funda esta prohibición queda excluida en virtud de la transparencia que representa la solicitud de autorización a la CNBV, información que deberá hacerse llegar para obtener tal aprobación y la protección que en tales casos adoptará la autoridad de los intereses de los demás inversionistas.

Resulta significativa, la ampliación del plazo de prescripción con que contaba el afectado y la CNBV para el ejercicio de la demanda ante los tribunales competentes exigiendo la indemnización por daños y perjuicios derivada del uso indebido de información privilegiada y para la iniciación del procedimiento para la imposición de multas por parte de la Comisión, que ahora se extiende a un año en vez de 6 meses como estaba anteriormente.

Otro tema que mencionaremos, dentro del rubro de uso indebido de información privilegiada, se el que se refiere a la exención del alcance de la prohibición de inversión directa en acciones y certificados de participación patrimonial contenidos en el artículo 16 bis 7.

Por una parte, se posibilita, acorde con la función fiduciaria que pueden ya llevar a cabo las Casas de Bolsa, "que las inversiones de las personas incluidas en este precepto se lleven a cabo en Fideicomisos constituidos en Casas de Bolsa y se perfecciona lo que en su momento se criticó del texto anterior de la Ley, prohibiendo que los fideicomisarios en éste tipo de fideicomisos, puedan intervenir en las decisiones de las inversiones, las que estarán reservadas a los fiduciarios únicamente".

Se mantiene la prohibición de inversión directa a los servidores públicos, cuya actividad se relaciona directamente con la promoción, regulación y control del mercado de valores, a los directivos, empleados o apoderados para celebrar operaciones con el público y apoderados operadores de Casas de Bolsa, Especialistas bursátiles y sociedades operadoras de sociedades de inversión, manteniéndose, sin embargo, en forma poco explicable para mí, la mención de que, cuando tales directivos o empleados sean a su vez miembros del Consejo de administración de la sociedad de que se trate, la prohibición desaparece.

Esta prohibición de inversión directa, se extiende geométricamente en la reforma de 1993, para aplicarse a los directivos y empleados de las sociedades controladoras y entidades financieras dice la Ley "a que se refieren las fracciones V y VI del artículo 16 bis 1", que no sean miembros del consejo de administración, pero resulta que dichas fracciones no se refieren a las sociedades controladoras y entidades financieras, sino a los accionistas de las mismas. Por otra parte el artículo 16 bis 1 que contiene tales fracciones, sólo se refiere a las personas enumeradas, en relación a la sociedad emisora con la que se encuentre vinculada, mientras el artículo 16 bis 7 que ahora comentamos,

establece una prohibición general de inversión en acciones o certificados de aportación patrimonial, con lo cual la interpretación de dicha fracción resulta muy confusa.

Se incluyen dentro de esta prohibición de inversión directa, a los directivos y empleados de las Bolsas de Valores e Instituciones para el Deposito de Valores, que ya estaban en el texto anterior, agregándose a los miembros del Consejo de administración, directivos y empleados de las Instituciones de Certificación de Valores.

Finalmente en relación con el combate de uso indebido de información privilegiada, se encuentra de una manera novedosa lo dispuesto en el artículo 52 bis 2, un tipo penal aplicable a lo que algunos autores llaman uso abusivo de información privilegiada, el cual es materia del presente estudio dogmático y se abordara con mayor detenimiento en forma posterior.

Por último hablaremos un poco, de la otra cara respecto de éste problema que representa la información privilegiada, por cuanto hace a la difusión que las sociedades emisoras deben realizar de la información de las mismas que resulta trascendente para el mercado, que tiene su fundamento en la fracción IV del artículo 14 de la LMV, conforme a la cual, para obtener y mantener la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, las emisoras deben proporcionar a la CNBV, a la Bolsa Mexicana de Valores y al público en general, la información que la misma Comisión determine mediante reglas de carácter general, estableciéndose el artículo 16, la facultad de la CNBV de suspender o cancelar el registro de los valores, cuando entre otras cosas se deje de proporcionar la información por la sociedad.

La información que las sociedades emisoras deben proporcionar a la Comisión, y a la Bolsa esta contenida en la circular 11-11, señalándose en su disposición duodécima, que dicha información deberá ser proporcionada simultáneamente a la Bolsa en que se operen los valores, a fin de que la misma la distribuya inmediatamente entre los socios y la tenga a disposición del público inversionista para su consulta.

La disposición décima de ésta misma circular y la 11-23 relativa a la información que deben rendir las emisoras con títulos inscritos en la subsección B de la Sección del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, señala en términos similares que las emisoras de valor estarán obligadas a divulgar entre el público inversionista cualquier información relevante, cuyo conocimiento pueda influir en el precio de tales valores, proporcionando la información a la CNBV y a la Bolsa de Valores en que se operan los títulos emitidos por dichas sociedades, a mas tardar el tercer día hábil, si éste no lo fuera, el día hábil siguiente de que tenga conocimiento de la citada información, la Bolsa de Valores procederá inmediatamente a distribuir entre sus socios la información recibida y la pondrá a disposición del público inversionista para su consulta.

Considero que no se trata aquí del cumplimiento de una obligación formal de información, sino de que realmente la información relevante sobre las sociedades emisoras llegue al público, para normar sus decisiones de inversiones, situación de la que deberá ocuparse la CNBV.

En la medida en que se haga del conocimiento del público información relevante, se estará disminuyendo la información privilegiada y por ende, la posibilidad de su utilización indebida.

Por la importancia del tema y las últimas modificaciones a la LMV se ha hecho un análisis de la misma.

Por último dentro del uso indebido de información privilegiada hablaremos de las sanciones a que se hacen acreedores aquellas personas que hagan uso indebido de la misma.

Primeramente diremos que tal y como lo establece el artículo 16 bis 3 la CNBV es quien está facultada para la investigación de las infracciones en que incurran las personas que transgredan lo dispuesto en los artículos 16 bis y 16 bis 2.

Siendo el artículo 16 bis 4 quien establece las sanciones y que a la letra dice:

Artículo 16 bis 4.- Las infracciones a lo dispuesto por los artículos 16 bis y 16 bis 2, darán lugar a:

I.- Tratándose del artículo 16 bis, a la imposición de una multa administrativa a la persona que utilizó indebidamente información privilegiada, que será aplicada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores por el importe de dos veces el monto obtenido en la operación de que se trate, más la cantidad que resulte de aplicar a dicho beneficio una tasa igual al promedio aritmético de los rendimientos que hayan generado las diez sociedades de inversión de instrumento de deuda con mayor rentabilidad durante los seis meses anteriores a la fecha de operación;

II.- Tratándose del artículo 16 bis 2, una multa administrativa a la persona que haya realizado la operación indebida, que será aplicada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, hasta por el monto del beneficio obtenido. En caso de no existir beneficio la multa será de 400 a 5000 días del salario mínimo general vigente para el Distrito Federal según la gravedad de la infracción, a juicio de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. La infracción prevista en ésta fracción se impondrá conjuntamente con la prevista en la fracción I, cuando se infrinjan ambos preceptos.

Sin perjuicio de lo establecido en la fracción I, la parte afectada, en su caso, podrá demandar ante los tribunales competentes la indemnización correspondiente, que no podrá exceder de dos veces el beneficio obtenido, sin que la infracción de lugar a nulidad de la operación celebrada.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores sólo estará obligada ante la autoridad judicial a rendir los informes a los casos concretos en que se lo solicite.

Como se puede observar todas estas sanciones son de carácter administrativo, ya que el capítulo de Delitos ya se tocó y se hizo mención de las sanciones que corresponden a cada uno de los delitos, por lo que sería repetitivo volver a anotarlas.

Es comprensible que estas sanciones sean meramente administrativas, toda vez que aquí lo que se pretende básicamente es que se restituya el beneficio obtenido con su debida multa, pero fuera de eso el legislador no piensa que sea necesario agregar pena privativa de libertad.

Lo único a lo que haremos referencia es a las personas a las que van dirigidas las sanciones de los llamados delitos especiales bursátiles y únicamente del artículo 52 bis 2 fracción I, haciendo un pequeño comentario al respecto ya que de la fracción II se hablara ampliamente en el capítulo que sigue.

Artículo 52 bis 2 El primer párrafo de este artículo, aplica la sanción a los miembros del consejo de administración, directivos, gerentes y factores de sociedad emisora de valor y que el último párrafo señala las sanciones que se aplicaran a las personas que realicen funciones directivas, empleos cargos o comisiones de las Casas de Bolsa u otras entidades cuando intervengan como asesores.

Es de hacerse notar que no quedan incluidos los consejeros de las Casas de Bolsa, ni los consejeros, ni empleados de los grupos financieros, ni de las entidades financieras que las componen cuando no se trata de valores emitidos por la sociedad en que son consejeros o trabajan.

La fracción I establece como características, el que la información dada al público sea falsa y se obtenga un lucro indebida o se evite una perdida. En este caso es necesario señalar, que siendo sanciones privativas de libertad, en caso de que no se satisfaga ambos elementos no seria aplicable la sanción, así por ejemplo si la información es verdadera y se obtiene y se obtiene un lucro indebido no se aplica el artículo y si la información es falsa y quiera aún fraudulenta y no se obtuvo ningún lucro, aunque si se causo un daño tampoco es aplicable el artículo.

6.- El tipo penal contenido en el artículo 52 bis 2, fracción de la Ley del Mercado de Valores

En este pequeño tema se establecerá única y exclusivamente como introducción el artículo sobre el cual se hará el estudio dogmático en el capítulo precedente.

Como el mismo título de la presente investigación lo indica, es el artículo 52 bis 2, del cual se hará el estudio dogmática de la fracción II del artículo en cuestión y que es el relativo al uso indebido de información privilegiada, mismo que a la letra establece:

Artículo 52 bis 2.- Serán sancionados con prisión de seis meses a cinco años y multa de dos a tres veces el beneficio obtenido o la pérdida evitada, los miembros del consejo de administración, directores gerentes y factores de sociedades emisoras de valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3º de esta ley:

II.- Que mediante el uso indebido de información privilegiada definida en el artículo 16 bis de la presente ley, proveniente de la sociedad emisora con la que se encuentren vinculados, obtengan un lucro indebido o se eviten una pérdida, directamente o por interpósita persona, a través de la adquisición y/o enajenación de los valores títulos de crédito, o documentos señalados en el primer párrafo de este artículo, emitidos por la propia sociedad, siempre que se produzca una variación igual o mayor al 10% entre los precios de compra o de venta de las operaciones realizadas por cualquiera de las personas a que se refiere dicho párrafo, antes de que la información privilegiada sea hecha del conocimiento del público, y el precio de mercado de los valores, títulos de crédito, o documentos emitidos por la sociedad con la que se tenga el vínculo.

Este es el tipo penal, del cual se hará el estudio dogmático, sin embargo es importante mencionar que el párrafo que continua a la presente fracción establece lo siguiente:

Para los efectos de éste delito, se considera precio de mercado al promedio del último precio de cierre registrado en bolsa, de los valores, títulos de crédito o documentos correspondientes, durante los diez días hábiles siguientes en que la cita información privilegiada haya sido puesta en conocimiento del público.

La mala redacción del legislador hace que el texto del artículo y fracción en cuestión se haga un poco enredosa, pero en el fondo del asunto es sencillo y hablando un poco del mismo, como nos podemos dar cuenta en el párrafo inicial, donde se establece los sujetos que pueden hacerse acreedores de la sanción, si se encuadran en la conducta descrita en la fracción II, nos remite al artículo 3° de la Ley del Mercado de Valores el cual nos habla básicamente primero de lo que se entiende por valores, diciendo son valores las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito emitidos en serie o en masa, además de aquellos títulos o valores que otorguen a sus titulares derechos de propiedad, participación o crédito en el capital social de la empresa y que sean materia de oferta pública o intermediación en el mercado de valores, así como a los emitidos en el extranjero, siempre y cuando sean materia de intermediación en el mercado de valores.

Como puede observarse el legislador para no hacer más extenso el artículo nos remite a otro, en el cual se especifica que otros documentos pueden emitir las llamadas sociedades emisoras.

También el artículo nos remite al artículo 16 bis, el cual define lo que se entiende por información privilegiada y que ya fue tratado ampliamente en el presente capítulo.

Aparte nos da un concepto de lo que se entenderá por precio de mercado para los efectos de éste artículo que es algo muy importante, ya que el llamado precio de mercado común tiene algunas diferencias con el que se apunta para éste artículo, y explicándolo para efectos del presente y su mejor entendimiento que al cierre de cada día de operaciones la acción, título o valor, cierra a un cierto precio en el mercado de valores, lo que único que se va a hacer es que se promediara el precio de cierre de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se realizó la operación mediante el uso indebido de información privilegiada

Por último el artículo 52 bis 3 establece dos pequeñas acotaciones que es prudente mencionar, la primera lo dispuesto en el presente artículo no impide la imposición de sanciones que conforma a otras leyes fuere aplicable.

Y la segunda los delitos previstos en éste y otros artículos, solamente se perseguirán a petición de la SHCP previa opinión de la CNBV pues es importante señalar que en caso de acuerdo a la facultad de vigilancia de ésta última se llegará a determinar alguna responsabilidad por algún directivo o empleado, será inminente la sanción, ya que se contará por la autoridad con todos los elementos documentales o contables para comprobar la conducta irregular

CAPITULO IV

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 52 BIS-2 FRACCION II DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

1) La Dogmática Jurídico Penal y el Delito.

Para el maestro Muñoz Conde, la dogmática jurídica penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias de delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer en definitiva, que es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y como quiere hacerlo.

Otros conceptos respecto a la dogmática jurídica penal son los siguientes:

a) "La dogmática jurídico penal (ó ciencia del derecho penal en sentido estricto), es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman en el seno del ordenamiento jurídico positivo, el Derecho Penal"(55)

b) La dogmática jurídico penal es el conjunto de los conocimientos que se alcanzan mediante la técnica jurídica.

c) "La dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente con base científica." (56)

⁵⁵ Derecho Penal Mexicano I. Ib. 1, p.36
⁵⁶ Castellanos Tena Fernando. Ib 6, p.27.

En realidad afirma el maestro Porte Petit, la dogmática jurídico penal es la disciplina que estudia las normas jurídicas penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, construcción y sistematización.

Como podemos observar existen tantas definiciones de dogmática jurídico penal, como autores, sin embargo creemos que lo que establecen los maestros Porte Petit y Muñoz Conde son las mas completas y en referencia al segundo éste nos dice que la dogmática jurídica penal se desenvuelve en tres momentos diferentes que son la interpretación, sistematización y critica del derecho penal positivo; como podemos observar no difiere mucho de lo que establece en su concepto Porte Petit, tan solo en lo que se refiere por un lado la construcción y la critica del derecho penal positivo para Conde.

Analizando los momentos en que según Muñoz Conde se desenvuelve la dogmática jurídica penal son:

La interpretación de la ley es el descubrimiento y determinación de su propio sentido al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real.

Dice que hay diferentes criterios de interpretación, el gramatical con el que se trata de averiguar el sentido literal de las palabras empleadas por el legislador; el segundo criterio es el histórico, para la interpretación de la ley es importante conocer su nacimiento, esto es importante conocer cualquier fenómeno desde sus orígenes o causas que le dieron nacimiento, no siendo la ley la excepción; por último el sistemático o

como algunos lo llaman lógico-sistemático, éste se refiere a un cierto orden lógico que llevan las leyes en muchas ocasiones o que siempre deben de llevar.

El segundo momento lo constituye el sistema o sistemática. En los últimos tiempos la discusión mas importante acerca de la sistemática ha sido sobre el sistema de la Teoría General del Delito. Dentro de la cual se encuentran los dos sistemas mas importantes, el primero llamado tradicional y clásico del cual su creador fue el doctrinario Federico Von Lizt, sistema que fue y sigue siendo tal vez el mas socorrido y que tiene mayor número de adeptos; y el sistema finalista o de la acción final, llamado también el sistema moderno, que ha criticado severamente al causalista y ha hecho ver errores muy significativos, sistema que nació a principios de éste siglo por los años treinta y del cual su exponente mas importante es el alemán Hans Wezel, es un sistema que surge como una limitante al excesivo poder del Estado que se vivía en esos momentos en Alemania.

Sistema en el cual basaremos nuestro Estudio Dogmático.

Por último nos dice Muñoz Conde, tenemos el momento crítico, desde el punto de vista positivo y no negativo, esto es la crítica siempre es buena desde el punto de vista positivo, esto es construya la llamada critica constructiva y no que destruya, asi Conde dice que la critica ayuda a evidenciar errores y que estos puedan ser subsanados.

Así el objeto de la dogmática jurídico penal, indudablemente lo constituye las normas jurídico penales, con lo cual esta de acuerdo la doctrina.

El método de la dogmática jurídico penal, es el método jurídico, consistente en los medios debidamente ordenados que nos lleven a conocer en toda su plenitud las normas jurídico penales.

El método jurídico penal se vale de procedimientos lógicos y consistente en varios momentos escalonados entre sí, siendo los principales la síntesis, inducción, la interpretación, construcción y sistemático, así lo establece el maestro Porte Petit.

Es mas que evidente que nadie puede negar la importancia de la dogmática jurídico penal en muchos aspectos, resaltando los avances que se puedan lograr en la tarea legislativa, es por eso que se debe tener mucho cuidado de no caer en un exceso que vaya más allá de toda realidad.

2) El Delito

Ya en el primer tema del presente estudio, se hizo referencia a éste concepto, sin embargo por la estrecha relación que guarda con la dogmática jurídico penal, creemos se hace necesario hacer algunas anotaciones que sirvan al presente.

Hans-Heinrich Jescheck, dice que "la teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos del delito, sino aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible".(57).

Desde le punto de vista juridico, "delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena"(58)

Como ya se a establecido anteriormente el artículo 7o del Código Penal nos dice que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El concepto del delito responde a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como juicio de desvalor que recae sobre el autor de ese hecho.

Los delitos tienen ciertas características comunes a todos que normalmente son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, así la tipicidad constituye el hecho típico esto es el tipo legal, se sigue con la antijuricidad donde se tiene que establecer si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho y por último la culpabilidad por cuanto hace a si ese hecho típico puede ser atribuible o no al sujeto activo.

Después de todo lo dicho, con los elementos mencionados el maestro Muñoz Conde, nos dice que podemos definir al delito "como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible"(59)

A continuación procederemos a realizar el Estudio dogmático del artículo 52 bis 2 fracción II de la Ley del Mercado de Valores.

⁵⁸ Muñoz Conde, Francisco: Introducción al Derecho Penal, IIIa t. p.62

⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco: "La teoría del Delito", Barcelona, 1994, p.22

A) Conducta

La conducta humana, es la base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones.

La acción y la omisión cumplen la función de elementos básicos en la teoría del delito; la realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo.

La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en el Derecho Penal, sirviendo de referencia a lo que es la omisión.

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana.

El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final

La dirección final se realiza en dos fases afirma el maestro Muñoz Conde, una, externa y otra, interna.

En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. Un ejemplo sería la realización de una obra teatro, para lo cual debe seleccionar los medios y elementos necesarios, esto es el

número de actores, que personas pueden desempeñar mejor los personajes, cuanto dinero le costara, y todo sólo se puede hacer a partir del fin.

Fase externa, una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y previstos los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo exterior; pone en marcha conforme el plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, procurando alcanzar su meta propuesta. La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción.

El concepto que acabamos de exponer basados en lo que dice el maestro Muñoz Conde en su obra "La Teoría Del Delito", es el de la acción final de la acción, formulada por el alemán Hans Welzel y cuyas líneas fundamentales seguiremos en el presente Estudio Dogmático.

Así lo que el penalista, al juez, o al interprete interesa sobre todo es la acción típica y ésta, como se desprende del articulado de las leyes donde se definen los delitos, no es otra que una acción final; así lo que interesa al jurista es la relevancia típica.

De lo dicho hasta ahora se desprende que sólo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de acción penalmente relevante, por lo que se excluye a los animales y cosas.

Tampoco pueden ser sujetos de acción penalmente relevantes, aunque si pueden serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas llamadas morales por ejemplo las sociedades.

Hablemos un poco de la ausencia de la acción, puesto que el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, donde según la doctrina existen tres casos:

Fuerza irresistible.- Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. La fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre. (Vis absoluta)

Movimientos reflejos.- Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, ya que el movimiento en estos casos no está controlado por la voluntad.

Estados de inconsciencia.- Igualmente falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño el sonambulismo, etc. en estos casos la realización no depende de la voluntad por lo que no son penalmente relevantes.

Como ya dijimos la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior.

Pero en algunos casos el legislador castigaba la simple manifestación de la voluntad, como sucede en el delito de injurias, también llamados delitos de simple actividad; en otros además, el resultado derivado de ella, como sucede en el delito del homicidio y por supuesto en el del delito en estudio, llamados delitos de resultado

En los delitos de resultado, entre la acción y el resultado debe darse una relación de causalidad, una relación que permita ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido.

Pasemos a los delitos de omisión, la omisión penalmente relevante, a nivel de tipo de injusto del delito, es la omisión de la acción esperada.

El delito omisivo consiste, por tanto, siempre en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía la obligación de realizar y que podía realizar. El delito de omisión, es pues, siempre estructuralmente un delito que consiste en la infracción de un deber, pero no un deber social sino jurídico.

Así se establecen tres formas de omisión penalmente relevantes:

Como delitos de omisión pura o propia, en los que se castiga la simple infracción de un deber de actuar. Equivale a los delitos de simple actividad, por ejemplo omitir el deber de socorro.

Como delitos de omisión y resultado, en los que la omisión se vincula a un determinado resultado, con el que se conecta causalmente.

Como delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, en los que la omisión se conecta con un determinado resultado prohibido, pero en el tipo legal concreto no se menciona expresamente la forma de comisión omisiva, por ejemplo el dejar morir de hambre a un recién nacido.

No analizaremos mas a fondo esos delitos por omisión, toda vez que no son materia del presente estudio ya que en el delito en análisis éste siempre va a ser cometido por una acción del sujeto activo y nunca por una omisión, al establecerse adquiriendo y/o enajenado un título de crédito lo que claramente implica un hacer, un actuar ya sea comprando y/o vendiendo en éste caso en específico un título de crédito o valor

B) Tipicidad y Tipo

“La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”.(60) Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del nullum crimen sine lege sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

En este caso en particular aunque no esta previsto en ley penal, no deja de ser un delito, por lo cual es llamado delito especial, pero no va en contra de ese principio toda vez que si ésta prevista en una ley, la del mercado de Valores, aún y cuando no se encuentre expresamente en el Código Penal.

⁶⁰ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p.202

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito, si al mismo tiempo no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

Tipo es por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal.

Tipicidad "es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal"(61)

Así el tipo tiene un triple función:

Una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes.

Una función de garantía, en la medida que sólo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.

⁶¹ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p.206

Una función motivadora, por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida, la materia de prohibición.

B1) Tipo de Injusto

La antijuricidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Por imperativo del principio de legalidad y de la idea de seguridad y certeza jurídicas sólo los comportamientos antijurídicos que, además son, típicos pueden dar lugar a una reacción jurídicopenal.

La tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuricidad del mismo, sino únicamente un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico es lo que llamamos función indiciaria del tipo, así el tipo puede no ser antijurídico cuando exista alguna causa de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad por citar alguna.

De lo anterior se desprende que tipo y antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría general del delito, el tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella; por otra parte la indagación sobre la

antijuricidad tiene sentido si previamente se ha establecido la tipicidad del comportamiento.

Las consecuencias de identificar tipo y antijuricidad se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar a las causas de justificación en un sentido negativo del tipo, no hay mas remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Generalmente en el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuricidad.

Por cuanto a la clasificación del error debemos atender a según se estimen los elementos del tipo o de la antijuricidad, deberá tratarse sobre error de tipo o en su caso como error de prohibición; "así por ejemplo cuando se habla de tipo de culpabilidad, se designa en relación a aquellos elementos que fundamentan el juicio de culpabilidad. También se habla de tipo de delito como el conjunto de presupuestos que deban darse para imponer una pena. Sin embargo el nombre de tipo debe reservarse para aquella imagen conceptual que sirve para describir la conducta prohibida en el supuesto de hecho de la norma penal y que después va a ser objeto del juicio de antijuricidad, es decir se va a analizar desde el prisma de las causas de justificación, se habla así de tipo de injusto y así será llamado en el presente estudio"(62).

⁶² Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, 1975, p.80

Una vez dicho lo anterior el maestro Muñoz Conde define al tipo de injusto "como un comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad"(85).

Estructura y composición del tipo.

La imagen conceptual que es el tipo se formula en expresiones lingüísticas, que con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida; para esto el tipo debe estar redactado de tal modo que se pueda deducir con claridad la conducta prohibida para lo cual debe utilizarse un lenguaje claro y preciso al nivel medio cultural; se debe ser parco en los elementos normativos como lo es el acreedor, etc. que implican siempre una valoración y por lo mismo un cierto grado de subjetivismo y utilizar sobre todo elementos lingüísticos descriptivos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo.

Como sabemos hay diferentes tipos, para saber cuándo estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuando ante un autónomo es necesario acudir a la interpretación, partiendo de la regulación legal concreta. Los tipos privilegiados o cualificados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. El delito autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios con un marco penal autónomo.

El tipo se compone de distintos elementos, pero hay algunos, que de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos como son el sujeto activo, acción y bien jurídico.

Sujeto activo.- Es aquella persona que realiza la acción típica. En general cualquier persona puede ser sujeto activo del delito, son los llamados delitos comunes; en algunos casos la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo del delito. Nos encontramos entonces con los llamados delitos especiales. Sujeto activo de estos delitos solo puede serlo aquella persona que, además de realizar acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo, es el caso de nuestro delito donde el sujeto activo si requiere una calidad especial, que es que sea socio de la sociedad emisora de los valores, o que trabaje para la sociedad emisora, etc.

Acción.- En todo tipo hay una acción, entendido comportamiento humano. Cuando el tipo sólo exige la realización sin más de la acción estamos ante los delitos de mera actividad; junto a la realización de la acción, la producción de un resultado material, son los llamados delitos de resultado.

Cuando aquí se habla de resultado se alude al resultado como modificación producida en el mundo exterior.

Según que el tipo comprenda una o varias acciones se habla de delitos simples y delitos compuestos. Los últimos se dividen en complejos y mixtos. Los delitos complejos se caracterizan por la concurrencia de dos o mas acciones, cada una constitutiva de un delito autónomo; en los delitos mixtos el tipo contiene, bajo la misma

conminación penal, diversas modalidades de conducta, bastando que se realice una de ellas para que se constituya el tipo.

También se dividen los tipos en función de la relación psicológica entre el autor y su acción o resultado, surgiendo así los delitos dolosos y los delitos con elementos específicos subjetivos.

Bien jurídico.- El bien jurídico es, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento.

El bien jurídico no es otra cosa que el valor que la ley quiere proteger de las acciones que pueden dañarlo.

Se puede clasificar entre bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, el honor y comunitarios como el orden público, la seguridad pública, la sociedad.

Distinto del bien jurídico es el sujeto pasivo. En la mayoría de los delitos comunitarios el sujeto pasivo aparece de un modo borroso y vago, por lo que se habla de delitos vagos o con intereses difusos. En otros casos, se discute la cualidad del sujeto pasivo a las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos como el honor y en otros se habla de un sujeto pasivo genérico presente en todo delito que es el Estado. En realidad el concepto de sujeto pasivo es poco preciso y sólo tiene interés para saber quien es el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, en aquellos casos en que quepa disponer libremente de él como la propiedad.

B2) Tipo de injusto del delito doloso.

El tipo de injusto no está compuesto sólo de elementos objetivos de naturaleza descriptiva o normativa.

El tipo de injusto tiene una vertiente objetiva, llamado tipo objetivo, como subjetiva es el tipo subjetivo. En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan la acción típica (el autor la acción, las formas y medios de realización del resultado, el objeto material, etc.) En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, efectos concomitantes y selección de medios).

De ahí la distinción que debe hacerse, ya en el plano de la tipicidad, entre el tipo de lo injusto realizado dolosamente y tipo de injusto realizado imprudentemente.

El dolo

El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo.

El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito derecho; aquí se entiende simplemente como "conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito"(63).

Elementos

De la definición de dolo aquí propuesta se deriva que el dolo se constituye por la presencia de dos elementos, uno intelectual y otro volutivo.

Elemento intelectual. Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica.

No es necesario, en cambio, que conozca otros elementos pertenecientes a la antijuricidad, a la culpabilidad o a la penalidad.

El elemento intelectual del dolo se refiere, por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica (elementos objetivos del tipo): sujeto , acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc.

El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial. Es decir, el sujeto ha de saber lo que hace, no basta con que hubiera debido o podido saberlo.

Elemento volutivo.- Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además querer realizarlos.

El elemento volitivo supone voluntad incondicionada de realizar algo típico que el autor cree que puede realizar.

De algún modo el querer supone además el saber, ya que nadie puede querer realizar algo que no conoce.

Clases

Según que sea mayor o menor la intensidad del elemento intelectual o volitivo, se distingue entre dolo directo y dolo eventual.

Dolo Directo.- En el dolo directo el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de simple actividad), por ejemplo el autor quería matar y mata, dolo en primer grado.

Dentro del dolo directo se incluye también los casos en los que el autor no quiere directamente las consecuencias que se va a producir, pero la admite necesariamente unida al resultado principal, entonces se habla dolo directo en segundo grado.

Dolo eventual.- En el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo la eventual realización.

Para distinguir el dolo eventual de la imprudencia se han formulado principalmente dos teorías:

La teoría de la probabilidad.- Esta admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, admita o no su producción. Si la probabilidad es mas lejana o remota, habrá culpa o imprudencia con representación.

La teoría de la voluntad o del consentimiento.- Atiende al contenido de la voluntad. "Aún cuando fuere segura su producción, actuaría" (formula de Frank); hay, por el contrario, culpa si el autor, de haberse representado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar.

B3) Error de Tipo.

El error, igual que el dolo, debe referirse a cualquiera de los elementos integrantes del tipo, sean de naturaleza descriptiva, o normativa.

Sólo el error sobre elementos del tipo excluye el dolo. Por eso se llama error de tipo.

El error sobre el objeto de la acción, por ejemplo cuando A quiere matar a B y mata a C; en algunos casos la cualidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto.

El error sobre la relación de causalidad causalidad, en ocasiones no importan algunas circunstancias que de una u otra manera no afectaran el resultado, por ejemplo si A quiere matar a B y le dispara dejándolo mal herido y B muere posteriormente en el

hospital; a contrario sensu si B muere en el hospital pero no a causa de los disparos sino por un incendio se tendrá como tentativa.

Error en el golpe (aberratio ictus), se da por ejemplo cuando el autor por su mala puntería alcanza a B, cuando quería matar a C.

El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante, o en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

Otros elementos subjetivos del tipo de injusto.

Para Mezger, los elementos subjetivos del injusto eran excepciones de un tipo de injusto entendido de un modo causal objetivo. Para el finalista, en cambio, tales elementos son una confirmación más de que el tipo de injusto puede comprender también los elementos subjetivos, entre ellos el dolo.

Estos elementos subjetivos específicos no coinciden, sin embargo, con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito, por ejemplo la utilización de una cosa mueble sin el ánimo de apoderarse de ella, si no de usarla no constituirá el delito de robo, sino algún otro tipo, tal vez el de Abuso de Confianza.

B4) Tipo de injusto en el delito imprudente

Entre los elementos que se requieren en el tipo de injusto de delito imprudente tenemos el deber objetivo de cuidado.

Lo esencial del tipo de injusto del delito imprudente no es la simple causación del resultado, sino la forma en que se realiza la acción.

Tanto la doctrina moderna, como la jurisprudencia penal destacan dos componentes fundamentales del tipo de injusto de delito imprudente: la acción típica y el resultado que ella ha producido.

La acción típica, primeramente es importante buscar algún punto de referencia, para saber si la acción realizada fue imprudentemente; dicho punto de referencia lo da el deber objetivo de cuidado.

El núcleo de tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar.

En los delitos imprudentes, la desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la acción o sobre la selección de los medios para realizarla.

a) El concepto de cuidado objetivo, es un concepto objetivo y normativo; "es objetivo por cuanto no interesa para establecerlo cuál es el cuidado que en el caso

concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, ya que ésta es una cuestión que afecta a la culpabilidad, sino cuál es el deber requerido en la vida de relación social respecto a la realización. Ello supone un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por el autor realmente.

b) La lesión del cuidado objetivo. "Si de la comparación entre el deber de cuidado objetivo y la acción concreta realizada, resulta que la acción ha quedado por debajo de los que el deber de cuidado exigía, se habrá lesionado éste cuidado y la acción será típica a los efectos de constituir el tipo de injusto de un delito imprudente" (64). Sólo la lesión del deber de cuidado convierte la acción en acción imprudente.

B5) El Resultado

En los delitos imprudentes de resultado lesivo debe mediar, por tanto, entre la acción imprudente y el resultado lesivo, en primer lugar una relación de causalidad, es decir una conexión que permita imputar ya en el plano objetivo ese resultado concreto que se ha producido al autor de la acción imprudente realizada.

Esta teoría considera adecuada una acción para provocar un resultado, cuando era previsible objetivamente que lo iba a provocar y el autor actúo sin la diligencia debida. Estos dos componentes, previsibilidad objetiva y diligencia debida, son al mismo tiempo los elementos que se emplean para determinar cuando una acción es imprudente.

Se plantean tres criterios que perfilan a la teoría de la causación adecuada y limitan a la teoría de la imputación objetiva:

El resultado se ha causado por la realización de la acción imprudente, pero también se hubiera producido si el autor hubiera actuado correctamente; sin embargo hay otro sector que considera que el resultado puede también ser imputado, siempre que se demuestre que la acción imprudente supuso incremento notable del riesgo normal de que el resultado se produjera.

El resultado se ha causado por causas ajenas a la acción imprudente misma. En este caso se niega la imputación objetiva si el resultado no es consecuencia directa de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente.

El resultado producido por la acción imprudente cae fuera del ámbito o fin de la protección de la norma lesionada. En este caso se niega la imputación objetiva, porque el resultado producido no tiene nada que ver con el fin de la norma infringida.

C) Antijuricidad

Una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, el siguiente paso es saber si puede crear responsabilidad penal, es la determinación de la antijuricidad, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico.

De lo anterior se deduce que, en la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduce a una constatación negativa de la misma, es decir, a la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación

Antijuricidad e injusto.

La antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto, es por lo tanto la conducta antijurídica misma.

En derecho penal se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones antijurídicas subsumibles como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad.

Antijuricidad formal y antijuricidad material.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuricidad formal; al contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, se le llama antijuricidad material. Las dos no son sino aspectos del mismo fenómeno.

La esencia de la antijuricidad es, la esencia de un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

La ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuricidad, puede consistir en una lesión o en la puesta en peligro de dicho bien jurídico.

Por lesión se entiende jurídicamente hablando la destrucción o daño de un objeto material, así como las ofensas inferidas a un bien tipo de ideal que no tiene un sustrato material, por ejemplo el delito de injurias. Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo.

El peligro es también un concepto normativo en la medida que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después esa lesión de hecho no se produzca.

Así la antijuricidad material exigen cuando menos la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

El concepto de peligro es también importante para establecer la idoneidad o la adecuación de una acción en relación con la producción de un determinado resultado, sólo la acción que considera es objetivamente peligrosa, puede servir de base para la imputación objetiva de un determinado resultado delictivo.

No toda lesión o puesta en peligro de un bien (desvalor de la acción) es antijurídica, sino sólo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el ordenamiento jurídico (desvalor de la acción).

El derecho penal, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables; se imputan resultados cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente.

Los conceptos de desvalor de la acción y desvalor del resultado, son igualmente relevantes en la configuración de la antijuricidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor del resultado.

En el derecho penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se hacía recaer el centro de gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico; actualmente se pretende destacar el desvalor de la acción, castigando con la misma pena la tentativa y el delito consumado.

Para no caer en excesos debe tenerse siempre en cuenta el principio de intervención mínima y la de antijuricidad material, según la cual sólo la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico puede ser sancionado con pena.

C1) Causas de justificación

El ordenamiento jurídico no sólo se compone de prohibiciones; sino también de preceptos permisivos que autorizan realizar un hecho, en principio prohibido.

Las causas de justificación impiden que al autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.

La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad, ya que la culpabilidad sólo puede darse una vez comprobada la existencia de la antijuricidad.

El caso fortuito, dice el maestro Muñoz Conde es más bien una causa de ausencia de tipicidad, ya que no se da la relación psicológica mínima que permite en ese ámbito la imputación del hecho.

De aquí se desprende que las fuentes de las causas de justificación pueden tener su origen en cualquier rama del ordenamiento jurídico que, por medio de sus disposiciones autorice la realización de un hecho penalmente típico.

La doctrina a tratado de establecer algunos principios generales, por ejemplo las teorías monistas pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de "empleo de medios adecuados para un fin lícito", otros en la de "más beneficios que perjuicio" y finalmente otros en la ponderación de bienes, sin embargo estas teorías han sido abandonadas.

La doctrina actualmente dominante atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversas causas de justificación de la misma especie o similares desde un punto de partida y las clasifica luego en función de estos principios.

Por ejemplo el principio de la ausencia de interés o el principio del interés predominante.

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos; para justificar una acción típica no basta con que se de objetivamente la situación justificante, sino que es, preciso, además que el autor conozca esa situación e inclusive, cuando así se exija, tenga las tendencias subjetivas especiales que la ley requiera para justificar una acción. Así por ejemplo sólo puede actuar en legítima defensa quien sabe que se esta defendiendo.

Para la justificación de una acción no es suficiente, que el autor alcance un resultado objetivamente lícito, sino que es preciso, además, que haya actuado acogiendo en su voluntad la consecución de ese resultado.

No se trata aquí en absoluto de valorar los motivos e intenciones últimas del acusado, sino de probar simplemente que conoce la situación objetiva justificante y actúa voluntariamente dentro de los límites autorizados.

La justificación de una acción, sólo se da, por tanto, si concurren tanto el elemento subjetivo como el objetivo de la respectiva causa de justificación, la falta de cualquiera de estos elementos hace que el acto permanezca antijurídico y que se de un error, tal vez éste no afecte a la antijuricidad, pero si lo hará en la culpabilidad, esto es, la puede afectar como error de prohibición, bien excluyéndola totalmente cuando el error era invencible o bien atenuándola cuando era vencible.

Legítima defensa

Pasaremos a analizar las causas de justificación, cada una por separado comenzando por la legítima defensa.

Requisitos.- Agresión ilegítima, éste es el presupuesto de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación.

Tanto la acción como la omisión deben ser acciones dolosas, es decir el ataque al bien jurídico debe ser intencional, además de que la agresión debe ser antijurídica, debe ser típica, es decir constituya el tipo de injusto de un delito.

En definitiva, lo que se quiere conseguir exigiendo estos requisitos de la agresión legítima es limitar, por razones ético-sociales, el principio de prevalencia del

derecho a toda costa frente al agresor injusto, no permitiendo la legítima defensa más que frente a agresiones muy graves a bienes jurídicos muy importantes.

La agresión ha de ser real, no ha de ser inventada o ficticia, además la agresión debe ser actual, esto es en el momento, la necesidad de defensa, siempre que sea la única vía de repeler la agresión contraria y debe ser racional en el medio empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en los medios usados para repeler la agresión y por último no debió haber mediado provocación suficiente por parte del defensor.

Por lo que hace al delito en análisis no se da en ningún momento la legítima defensa, toda vez que no existen ninguno de los requisitos arriba señalados, para que surgiera una situación de legítima defensa.

Estado de necesidad

La doctrina lo define "situación de conflicto entre dos bienes jurídicos que sólo puede ser salvada sacrificando uno de ellos".(66)

⁶⁶ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Barcelona, 1975, p. 121

Presupuestos, decisiva debe ser, ante todo, la situación de necesidad que da origen

Obediencia debida o jerárquica.

Para que una orden sea vinculante y pueda dar lugar a la apreciación de la obediencia debida o jerárquica tienen que darse los siguientes presupuestos:

1) Relación jerárquica, la cual sólo puede darse en el ámbito del derecho público o militar.

2) Competencia de quien da la orden dentro de sus facultades.

3) Competencia del subordinado para ejecutar el acto ordenado por el superior.

4) Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales.

5) Que, por las razones ya dichas anteriormente, sea a pesar de todo, antijurídica.

Lo dicho no excluye que por parte del funcionario subordinado haya un deber de examinar la orden recibida. Este deber de examen se vuelve mas importante cuando infringe algún deber constitucional o lesione gravemente la dignidad humana.

Sin embargo, éste deber de examen es un tanto limitado en la medida que respecto a la orden de un superior juega la presunción de legalidad. Así la negligencia en el deber de examen puede atenuar la culpabilidad

El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Por lo que hace al cumplimiento de un deber básicamente se refiere a la autoridad, por ejemplo el uso de la violencia o fuerza pública, sólo los policías pueden hacerlo porque ese es su deber y están cumpliéndolo.

Por cuanto al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, tenemos el caso de los abogados los cuales no deben dar a conocer los secretos de sus clientes y a vertir algunas situaciones injuriosas sobre los particulares, sin embargo en algunas situaciones muy especiales, tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen justificar estas situaciones.

No hablaremos mas de éste tema ya que no tiene mayor importancia para el presente estudio, toda vez que es casi imposible que se pudiera dar en nuestro delito esta justificante.

El caso fortuito y el riesgo permitido.

Algunos autores dicen que los casos de riesgo permitido, más que una causa de justificación, son causa de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente, ya que lo

que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa está permitida, sino que está permitida sea en la medida en que se realiza con la diligencia debida, es decir, sin culpa. Por lo tanto igual que el caso fortuito, el riesgo permitido es una causa de exclusión del tipo de injusto.

D) La culpabilidad

Nos dice el maestro Muñoz Conde que la culpabilidad "es un conjunto de condiciones y facultades psíquicas y sociales que permiten atribuir a una persona un hecho típico y antijurídico y hacerle responder por él".(67)

La distinción entre antijuricidad y culpabilidad, radica en que actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido; actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a derecho.

Este concepto de culpabilidad como reproche que se hace a una persona por poder haber actuado de modo distinto a como realmente lo hizo, lleva al penalista a una disyuntiva, aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello la culpabilidad o negarla y negar por consiguiente el concepto como elemento del delito.

* Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p.202

Concepto material de la culpabilidad.

Según el maestro Muñoz Conde el fundamento material de la culpabilidad debe buscarse en la función motivadora de la norma penal. La norma penal se dirige a los individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativo. A partir de un determinado desarrollo mental, biológico y cultural del individuo, es espera que éste pueda motivarse en los mandatos normativos.

La "motivabilidad", es la capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas; es según el maestro Muñoz Conde "la facultad humana que, unida a otras, permite la atribución de una acción a un sujeto, y en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción por el cometida"(68). Cualquier alteración importante a esta facultad, deberá determinar la exclusión, o sino es tan importante, la atenuación en la culpabilidad.

La culpabilidad esta compuesta de ciertos elementos, siendo estos:

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.- Aquí se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse como es la edad o en su caso alguna enfermedad mental.

⁶⁸ Muñoz Conde, Francisco, Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p.135

El conocimiento de la antijurídica del hecho cometido. La norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida que éste pueda conocer, a grandes rasgos el contenido de sus prohibiciones; por ejemplo si el sujeto no sabe que está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de realizarla, así su acción puede ser antijurídica y típica pero no puede atribuirsele a título de culpabilidad.

La exigibilidad de un comportamiento distinto. Normalmente el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad.

Así junto con su vertiente positiva hablaremos también de la negativa y las causas que los excluyen o por lo menor influyen en su graduación. La diferencia entre estas causas de exclusión o anulación de la culpabilidad y las causas de justificación son evidentes; las primeras dejan intacto el tipo de injusto, con todo lo que ello conlleva en orden a la aplicación de las sanciones no penales, admisión de la legítima defensa frente a quien actúa, posibilidad de terceras personas frente a quien actúa; las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, no cabe la legítima defensa, etc.

Por último debemos mencionar que también existen algunos elementos específicos que parecen en ciertos delitos como lo es la premeditación, alevosía y ventaja. Para la teoría finalista estos constituyen los elementos del llamado tipo de culpabilidad.

D1) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.

Empezaremos por comentar su aspecto negativo, esto es, las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad o también llamadas causas de inimputabilidad, donde tenemos en primer lugar a la minoría de edad penal, como causa de inimputabilidad, se establece, por razones de seguridad jurídica, de modo que sólo a partir de una determinada edad se puede responder y no antes y por otro lado tenemos a la enajenación o trastorno mental total o transitorio inciden de lleno en la capacidad de motivación y con ello se convierten en causas de inimputabilidad por excelencia.

En España aparte de estas dos, aceptan lo que ellos llaman alteración de la percepción, y es lo que vino a sustituir a los sordo mudos, pero ahora éste estado de alteración de la percepción que se asemeja al trastorno mental debe trastornar gravemente la percepción de la realidad.

Por lo que hace al trastorno mental es evidente que deberemos apoyarnos en un dictamen psiquiátrico para determinar el grado de trastorno que tiene el probable responsable, debemos de saber si al momento de realizar el acto se encontraba bajo ese trastorno, si pudo influir lo suficiente como para perder el elemento volutivo.

El trastorno mental transitorio se considera que es una reacción del sujeto una causa externa, una reacción vivencial anómala la llaman algunos.

Lo que en verdad interesa al Derecho penal no son tanto las clasificaciones clínicas, como su reflejo en el actuar humano. Es ahí donde se debe poner el énfasis

necesario y no inútiles polémicas sobre la naturaleza de la psicosis o neurosis o sobre la patología de los mismos, ya que esto sirve para otras cuestiones y no es relevante para el Derecho penal.

Todas las categorías de la teoría del delito van referidas al momento de la comisión del hechos. La cuestión de si el autor posee o no la capacidad suficiente para ser considerado culpable, viene referida al momento de comisión del hecho, sin embargo existe un excepción que es la liberae in causa. En este caso se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero si lo era al momento en que los ideó o puso en marcha el proceso causal que desembocan en la acción típica, como ejemplos tenemos el del guardavias que se duerme sabiendo, que en este caso falta la acción, pero provoca un choque de trenes.

Para terminar definiremos a la Imputabilidad como el "conjunto de las facultades psíquicas y físicas que deben concurrir en el autor de un hecho típico y antijurídico para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos"(69), también es llamada por la teoría finalista como la capacidad de culpabilidad que ya vimos anteriormente.

⁶⁹ Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, p. 140

En nuestro delito, es difícil que se de algunas de estas causas, toda vez que para ocupar algunos de los puestos en una sociedad con los cuales tienes acceso a la información privilegiada y que se prevén en el artículo, debes por lo menor tener una licenciatura lo que implica tener mas de 18 años y para realizar la operación por medio de la cual obtendrás un lucro o te evitaras una pérdida debes de estar lucido para realizarla y por lo menos debes de estar consciente de lo que estas haciendo.

Conocimiento de la antijurídica.

No obstante, el conocimiento de la antijuricidad no es un elemento superfluo de la culpabilidad, sino al contrario un elemento principal y el que le da razón de ser.

Basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está antijurídicamente prohibido y que es contrario a las normas mas elementales que rigen la convivencia. Para un sector doctrinal, es suficiente con un conocimiento potencial, de la antijuricidad, es decir, sería suficiente con que el autor hubiese podido conocer lo ilícito de su hacer para que se le pudiera reprochar como culpable.

Recurriremos nuevamente a la función motivadora de la norma penal, como una función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo.

En definitiva, el conocimiento de la antijuricidad, como los demás elementos subjetivos de la teoría del delito, es también un concepto que requiere por parte del juez

una valoración de los diversos componentes, psicológicos y sociales, que inciden en el comportamiento del individuo. Si el sujeto desconoce la antijuricidad de su hacer, actúa entonces en error de prohibición.

Error de prohibición.

Existe error de prohibición, no sólo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho. En el primer caso, el autor desconoce la existencia de una norma que prohíbe su hacer; en el segundo, el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto se da una causa de justificación que se lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos. En la práctica es mucho más frecuente el segundo tipo de error que el primero.

La teoría de la culpabilidad, consecuencia de la teoría final de la acción, supuso una culminación de éste proceso. Ciertamente partía de la importancia del error tanto si se refería al tipo, como si se refería a la prohibición, pero al incluir el dolo, como "dolo natural" en el tipo y el conocimiento de la antijuricidad en la culpabilidad, atribuyó a ambas clases de error distinta trascendencia práctica y sistemática. El solo entendido como consecuencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, no tiene, en efecto nada que ver con la conciencia de la antijuricidad; se puede realizar dolosamente un tipo y creer que se realiza amparado por una causa de justificación. El error de tipo invencible excluye el dolo, y si es vencible, fundamenta en su caso el castigo por imprudencia; el error de prohibición invencible excluye culpabilidad y si es vencible permite atenuarla, pero no afecta en nada el tipo de injusto.

Asimismo aceptaba la teoría de la culpabilidad, partiendo del finalismo y consideraba que el error de prohibición no tenía nada que ver con el tipo y que cuando es vencible, sólo permite la atenuación de la culpabilidad, pero no convierte el tipo doloso en imprudente; a juicio del maestro Muñoz Conde esta clase de error debe ser tratado como error de tipo y tiene una estrecha relación con la antijuricidad.

Otro error muy discutido es aquel que recae sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

Resumiendo, el error de prohibición tanto si es directo, sobre la existencia de una norma prohibida, como si es indirecto, sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de las causas de justificación, no incide en la configuración típica, dolosa o culposa, del delito, sino en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado.

La responsabilidad o culpabilidad penal en el Derecho Vigente exige el conocimiento de la antijuricidad de las normas que la determina, no el "reconocimiento" de las mismas.

La no exigibilidad de otra conducta

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber que se puede exigir, en principio, a todos los ciudadanos. Los niveles de exigencia de éste comportamiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los

intereses en juego, etc. En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia mínimos.

Junto a ésta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, por que ello conllevaría para él excesivo sacrificio. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones cuando en situaciones extremas alguien decide realizar un acto prohibido por la ley, antes que sacrificar su propia vida. En estos casos la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuricidad, sino la culpabilidad, esto es el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable.

En la culpabilidad, dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, que era una situación tan extrema que no se le impondrá pena alguna.

El llamado estado de necesidad disculpante.

El estado de necesidad, es ante, todo causa de justificación que se encuentra informada primariamente, por el principio de ponderación de bienes, es decir que es lícito sacrificar un bien jurídico cuando eso significa salvar otro de mayor valía, por ejemplo el naufragio que impide que otro naufragio se agarre al tronco porque si no lo hace se ahogarían los dos. La doctrina dominante considera que este caso debe ser

tratado como estado de necesidad disculpante dejando el estado de necesidad como causa de justificación sólo para el caso de conflicto de bienes de igual valor

La idea de la no exigibilidad de otra conducta aconseja dejar sin sanción a quien actúa en estas circunstancias, no ya sólo porque el autor no sea culpable, sino porque tampoco el acto realizado es desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Miedo insuperable.

Esta exento de responsabilidad el que obre impulsado por miedo insuperable de un mas igual o mayor. El miedo al aquí aludimos es aquel, que aún afectando psíquicamente al que lo sufre, le deja una posibilidad de actuación u opción, por ejemplo una amenaza o una situación de peligro para la vida; "insuperable" quiere decir superior a la exigencia de soportar males y peligros.

Por lo demás, igual que en el estado de necesidad, el mal que produce ha de ser serio, real e inminente e igual o mayor que el que el sujeto comete amparado por esta eximente; pero el comportamiento subjetivo (miedo) de esta eximente hace preferible tratarla en el ámbito de la culpabilidad.

En esta eximente pueden incluirse también algunos supuestos de exceso en la legítima defensa, cuando el que se defiende traspase los límites de la legítima defensa de una situación de miedo, pero no existe una agresión ilegítima o ésta ya ha cesado, por ejemplo el que dispara por la espalda al agresor que huya.

El encubrimiento entre parientes.

Están exentos de las sanciones impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por alguna relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados.

E) Punibilidad o Penalidad.

Algunos la llaman punibilidad y otros penalidad, pero es una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que sólo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad y sólo es exigible en algunos concretos. También en la penalidad o punibilidad existen causas que la fundamentan que son las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y causas que la excluyen las llamadas causas absolutorias.

E1) Condiciones objetivas de punibilidad.

Las condiciones objetivas de penalidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito la imposición de una pena. Al no pertenecer tampoco al tipo no es necesario que se refiera a ellas el dolo o la imprudencia del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.

De ellas se distinguen las llamadas condiciones objetivas de procesabilidad o perseguibilidad, que condicionan no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura del procedimiento penal. Se trata de obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de punibilidad.

Excusas absolutorias.

La penalidad también puede ser excluida en algunos casos en los que el legislador ha considerado conveniente no imponer una pena, a pesar de darse una acción típica, antijurídica y culpable. Se trata, normalmente, de causas vinculadas a la persona del autor y que por tanto sólo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito, por ejemplo el desistimiento voluntario en la tentativa, cuando evita la consumación del delito y finalmente las inmunidades del Jefe de Estado y de los Parlamentarios.

Causas de extinción de la responsabilidad criminal.

Estas causas de la extinción de la responsabilidad criminal se diferencian de las causas de justificación y de inculpabilidad en que no afectan para nada la existencia del delito, sino su perseguibilidad en el proceso penal.

Así tenemos la excepción de cosa juzgada, la muerte del reo y el cumplimiento de la condena, la prescripción del delito, la amnistía y el indulto. El perdón del ofendido que sólo opera en los delitos llamados de Querrela, que son aquellos que se persiguen a petición de parte y no de oficio, como es el caso del nuestro que tiene que ser la Secretaria de Hacienda y Crédito Público la que se Querelle para que se pueda perseguir

el delito; éste perdón debe ser expreso e incondicionado y puede darse en cualquier momento del proceso.

Consumación formal y material.

Consumación del delito.- "Realización de todos los elementos, objetivos y subjetivos, del tipo de un delito".(70)

La consumación formal es lo mismo que la consumación del delito es la plena realización del tipo en todos sus elementos.

Generalmente en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo, por ejemplo en nuestro delito se daría cuando se comprobara que el sujeto activo se evito una perdida o que obtuvo una ganancia utilizando la información privilegiada a que tiene acceso.

Caso diferente se da en aquellos casos llamados de consumación anticipada que se da en los delitos de intención o de peligro, donde el legislador no espera que se produzca el resultado sino que momentos antes lo da por consumado.

Distinta de la consumación formal esta la consumación material o terminación del delito, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguiría, por ejemplo heredar del pariente que mató. Sin embargo algunas veces el legislador hace coincidir consumación formal y material o tiene en cuenta el propósito ulterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto.

En otro aspecto diremos que algunos tipos plantean problemas específicos en orden a la determinación del momento de consumación, por ejemplo aquellos delitos donde existen condiciones objetivas de punibilidad, algunos autores consideran que no se consuma el delito hasta que no se cumpla con dichas condiciones.

Otro problema se da en el llamado delito continuado, donde consideran algunos que se consuma hasta que se produce el resultado total, pero otros afirman que se consuma cada vez que parcialmente se verifica el resultado, no abundaremos mas en el tema toda vez que nuestro delito no es de los llamados continuados.

F) Iter Criminis o Camino del Crimen

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que es una idea en la mente, hasta su terminación en el mundo fáctico, esto es recorre un camino o ruta desde su iniciación hasta su consumación, a este proceso se le llama iter criminis o camino del crimen.

Se divide en dos fases, la fase interna misma que a su vez consta de o se divide en idea criminosa o ideación, deliberación y resolución; también esta la fase externa que esta se divide en la manifestación, la preparación y la ejecución, dentro de la ejecución tenemos a la tentativa y a la consumación del delito.

Fase Interna.- Se le llama fase interna a todo aquel proceso que se da dentro de la mente de un delincuente para llevar a cabo un delito pero que no se exterioriza, que esta a punto de exteriorizarse; como ya dijimos se divide en tres momentos o fases, primero tenemos:

a) **La idea criminosa o ideación.**- Se da cuando en la mente humana aparece, la idea de delinquir, de cometer un crimen o delito misma en que el delito puede acoger o desechar; si la acoge se puede dar paso a la deliberación.

b) **Deliberación.**- Como su mismo nombre lo indica es el momento en que el sujeto en su mente, se representa las consecuencias que puede traer la realización del delito, dependerá de él, detenerse o continuar, si desea hacer lo primero llegamos a la **etapa de la resolución.**

c) **Resolución.**- Este es el momento en que el sujeto ha decidido llevar a cabo la idea criminosa, pero que aún no ha sido exteriorizada.

Cabe señalar que hasta éste momento todavía no es punible nada de lo que el sujeto a planeado, ya que no se ha exteriorizado, ya que el Derecho Penal sanciona los

hechos en el mundo fático y no las ideas, porque estas no tendrán consecuencia algunas allá de la misma mente del delincuente.

Fase Externa.- Es el momento en que el sujeto lleva a cabo fuera de mente las ideas que tenia en la misma, esto es plasma en el mundo exterior sus pensamientos.

a) **Manifestación.**- Esta primera fase todavía no es sancionable, sin embargo se le conoce como el momento en que la idea criminal aflora al exterior, esto es la idea de la mente se ve exteriorizada.

b) **Preparación.**- Son los actos preparatorios, esto los medios por los cuales o con los cuales el sujeto va a llevar a cabo la ejecución de la idea criminal.

c) **Ejecución.**- Es el momento en que la conducta se encuadra en el tipo delictivo, la cual tiene dos formas de darse la primera es la tentativa, de la que hablaremos en seguida y la segunda es la consumación del delito, esto es la conducta agota plenamente al tipo.

F1) Tentativa.

La tentativa la dividen los doctrinarios en tentativa acabada e inacabada; la tentativa inacabada se da cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Hay tentativa o tentativa acabada cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no

practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

La tentativa encuentra su fundamento nos dice el maestro Muñoz Conde en la proximidad a la lesión del bien jurídico tutelado y que desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa o en la frustración (tentativa inacabada) la voluntad del sujeto no sufre modificaciones.

A pesar de que dogmáticamente hay base para sustentar estas opiniones, el Maestro Muñoz nos dice que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución del delito, tiene que ser necesariamente unitario y responder a la misma finalidad politicocriminal y preventiva que preside todo el Derecho Penal. De ahí que sean la puesta en peligro de los bienes jurídicos en los tipos y la voluntad de conseguir su lesión típica los dos elementos que por igual fundamentan la punición de todas las formas imperfectas de ejecución.

Por lo que hace al dolo diremos que lo mismo se da en los delitos consumados que en los inacabados. Si el sujeto aún no está decidido a cometer el delito, no existe dolo; pero si está decidido y sólo espera a que se produzca una condición favorable para llevarlo a cabo, si existe dolo, aunque como veremos a continuación el ámbito de lo típico sólo comienza al momento de la ejecución.

Se le llama actos preparatorios a todos aquellos actos que el autor tiene en su mente para llevar a cabo el delito, esto es la planeación de como va a llevar a cabo el delito, como trasladarse al lugar del crimen, los medios que utilizara para llevar a cabo

su conducta antijurídica, etc. y una vez que lleva acabo esa serie de actos se les llama de ejecución.

Tentativa idónea se le llama así a aquella que para ser punible, debe tener las mismas cualidades de la tentativa como es que se de el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta la puesta en peligro de un bien jurídico protegido.

Desistimiento voluntario, cuando por la voluntad del agente no se logre la consumación del delito no se aplicaran las sanciones establecidas en la ley.

La "voluntariedad es una determinada actitud psíquica del que desiste que, desde el punto de vista preventivo, se considera merecedora de impunidad"; sin embargo también existe la llamada tentativa fracasada propia que es cuando el autor cree haber errado su meta y que no puede conseguirla aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento

La definitividad del desistimiento se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo.

Otra forma de desistimiento, es la evitación de la consumación del delito, pero ésta sólo alcanza para aquel que evito o frustró la consumación del delito no a así para los otros participantes en el caso de que existieran.

Por último afirma el maestro Muñoz Conde que la tentativa cabe en todos los delitos dolosos.

G) Autoría y Participación.

Es importante distinguir entre la autoría y la participación, así podemos decir que la autoría es principal y la participación secundaria, pero en relación a éste problema hay distintas teorías de las cuales mencionaremos sólo las más importantes; primeramente tenemos a la:

Teoría objetivo-formal, según la cual es autor quien realiza algún acto ejecutivo de delito, la cual es insuficiente para fundamentar por ejemplo la autoría mediata;

Teoría subjetiva. - Nos dice que el que intervenga con ánimo de autor, será autor cualquiera que sea su aportación material al delito, si actúa con ánimo de participe será siempre participe; así afirma el maestro Muñoz Conde la distinción debe buscarse desde un criterio objetivo material que puede ser el del dominio final del acto; según éste criterio es autor quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. Este criterio viene a precisar con mayor nitidez el concepto de realización del tipo como elemento determinante de la autoría, llevándola más allá de la simple realización del hecho a otras formas de realización del mismo, bien directamente, bien por medio de otro sirviéndose de él como instrumento.

Hay distintas clases de autoría:

a) **Autoría directa.**- Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho.

b) **Autoría inmediata.**- Es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza

c) **Coautoría.**- Es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran conscientemente y voluntariamente. Lo importante en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas, que en virtud del principio del reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Las distintas contribuciones deben considerarse, por tanto, como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención.; el mutuo acuerdo de voluntades no basta es necesario que contribuya de algún modo a su realización.

Participación

Es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De éste concepto podemos deducir que la participación no es un delito autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe.

La participación solo es punible en su forma dolosa, es decir, el partcipe debe conocer y querer su participación en la realización del hecho típico y antijurídico de otra persona, que es el autor.

Existen distintas formas de participación:

Inducción.- Se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque de lo contrario el inductor será considerado como autor mediato.

La inducción debe poderse conectar causalmente, desde el punto de vista psíquico con la voluntad del inducido, el ofrecimiento de alguna promesa o dinero puede ser suficiente para fundamentar la inducción, es por ello que la inducción sea eficaz, es decir que tenga entidad suficiente para que el inducido decida cometer el delito.

Complicidad.- Cómplice sería aquel que con su participación no decide el si el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice.

H) Concurso de delitos

Tradicionalmente el concurso de delitos se estructura para su estudio en concurso real y concurso ideal.

Concurso ideal.- Es cuando con unidad de acción se producen pluralidad de delitos.

Concurso real. - Es cuando con pluralidad de acciones, pluralidad de delitos.

También tenemos al llamado delito continuado.- Es cuando existe pluralidad de acciones y unidad de delito, es decir, cuando dos o mas acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones que infringen la misma norma jurídica; tiene distintos elementos objetivos como la homogeneidad del bien jurídico tutelado, homogeneidad de los modos de comisión del delito y cierta conexión espacial y temporal y los subjetivos, la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

Para fijar la unidad de acción se tienen varios factores, el primero es el llamado factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados; el segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo en cada caso en particular.

Delito en masa. - Es aquel que se da cuando existen en las defraudaciones una pluralidad de sujetos indiferenciados, personas anónimas, público en general, de las que se pretende por el sujeto activo extraer diversas cantidades de dinero con un propósito utilitario de enriquecimiento.

Conclusiones.

Primera.- El bien jurídico protegido del delito en cuestión pueden ser dos tanto la igualdad para el público inversionista como la seguridad y confiabilidad del Mercado de Valores Mexicano.

Segundo.- Es un delito doloso toda vez que el autor conoce y quiere el resultado y hace todo lo necesario por conseguirlo.

Tercero.- Es un delito de acción, ya que se requiere de la misma para la producción del resultado.

Cuarto.- Por cuanto hace al sujeto activo, no puede ser cualquiera sino única y exclusivamente los señalados en el artículo como son: los miembros del consejo de administración, directores gerentes y factores de sociedades emisoras de valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3° de la Ley del Mercado de Valores, la cual citamos en el capítulo III del presente Estudio.

Quinto.- Por lo que hace al sujeto pasivo diremos que pueden ser dos tanto el público inversionista como el Mercado de Valores Mexicano.

Sexto.- Tipicidad, por lo que hace a ésta será típico, siempre y cuando la conducta desplegada por el sujeto activo, se encuadre en la hipótesis marcada en el artículo 52 bis 2 fracción II de la Ley del Mercado de Valores. Asimismo habrá atipicidad cuando el la conducta desplegada no sea la descrita en la ley

Septimo.- Por lo que hace a la culpabilidad, puede ser culpable cualquiera de los sujetos antes señalados, siempre y cuando sea mayor de 18 años y no tenga laguna enfermedad mental.

Octavo.- Por lo que hace a la imputabilidad, le podrá ser imputable el delito a cualquiera de los sujetos activos señalados anteriormente y a nadie, porque si alguien de que no este señalado entre los anteriores, hiciera uso de la información privilegiada, ya sea que se encuadraría en algún otro tipo penal o simplemente que su conducta no estuviera contemplada como delito, pero no se le podría imputar el delito establecido en el artículo 52 bis 2 fracción II de la Ley del Mercado de Valores, esto es serian inimputables para este delito en particular.

Noveno.- Por lo que hace a las Causa de Justificación como son la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, el cumplimiento de un deber, creo que no cabría ninguna en el presente delito, toda vez que no hay modo de que se repela una agresión, no se tienen en peligro dos bienes jurídicos y haya que escoger entre alguno de los dos, no se da la obediencia debida porque no tiene nada que ver con el ejercito y menos en el cumplimiento de un deber ya que no es ningún miembro de alguna corporación policia el sujeto activo.

Décimo.- Por lo que hace a las excusas absolutorias, la que se podría dar es la del perdón por parte del ofendido, toda vez que el presente delito se persigue a petición de parte, es decir por Querrela de parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y en los delitos de Querrela procede el perdón.

Décimo primero.- Llegamos a lo que llamamos condiciones objetivas de punibilidad o condiciones para que el resultado pueda ser penalizado, primeramente la información privilegiada de que harán uso debe de provenir de la sociedad emisora de los valores con que se encuentren relacionados; después la perdida o el lucro que obtengan puede ser directamente o por interpósita persona; los títulos de crédito, valores o documentos deben haber sido emitidos por la sociedad con que se encuentren vinculados y deberá producirse una variación igual o mayor al 10% entre los precios de compra o de venta de las operaciones realizadas por cualquiera de las personas a que se refiere dicho párrafo, antes de que la información privilegiada sea hecha del conocimiento del público, y el precio de mercado de los valores, títulos de crédito, o documentos emitidos por la sociedad con la que se tenga el vínculo.

Décimo segundo.- Pienso que por lo que hace a la tentativa, si se podría dar pero sería difícil acreditarla.

Décimo tercero.- Por lo que hace a la penalidad Serán sancionados con prisión de seis meses a cinco años y multa de dos a tres veces el beneficio obtenido o la pérdida evitada, como vemos no existe pena alternativa, así que sanciona tanto con la pena privativa de la libertad como pecuniariamente al culpable

Opinión Personal

Escogi esta clase delito por la importancia que día a día cobra la economía y todos los fenómenos políticos y sociales que ésta produce. Es importante que observemos que por la importancia que ha cobrado la economía, se esta volviendo indispensable la especialización y mejor preparación del legislador en esta materia, ya que se hace necesaria la creación de nuevas formas de tratar de controlar y prevenir, a los delincuentes que tratan de dañar ésta actividad.

El Mercado de Valores y toda la actividad bursátil, es tan sólo una pequeña parte de todo lo que implica hoy en día la actividad económica, sin embargo se ha vuelto muy importante ya que es una forma de que el Estado capte capitales, esto es dinero y con ese dinero se permite el crecimiento de medianas y grandes empresas, lo que produce la creación de empleos, lo anterior es sólo un ejemplo de todo lo que implica la materia bursátil. Por eso la gente encargada de que todo este proceso se lleve a cabo sin problemas, se ha dado cuenta de que son casi inútiles las infracciones y las sanciones pecuniarias y de que es necesario la función intimidatoria de la pena privativa de la libertad.

Esta es una situación que no puede ser tomada a la ligera y merece un estudio profundo, por parte de gente conocedora tanto de la materia penal como de la materia

economica-bursátil, para que conjuntamente se legisle de una manera adecuada y que no se vuelva letra muerta.

En muchas ocasiones se vuelve tan difícil la forma de integrar un delito, es decir tanto comprobar la probable responsabilidad como acreditar los elementos del tipo penal, que es difícil que no se vuelva letra muerta, ejemplificando, nuestro delito es claro ya que en muy pocas ocasiones la Secretaría de Hacienda ha iniciado una Querrela en contra de alguno de los sujetos señalados en el artículo 52 bis 2 fracción II.

Por otra parte aunque en este estudio no hicimos referencia ya que no era un objetivo del mismo, si es importante estudiar sistemas mas avanzados como el Estadounidense donde en relación a lo que es la materia bursátil y específicamente en la regulación de lo que es la información privilegiada, están mucho mas avanzados que nosotros y tienen cosas que nos podrian ser de utilidad, sabiendo adecuarlas a nuestro derecho, ya que por lo que hace a lo económico no hay grandes diferencias.

También hay que anotar que la información privilegiada es algo muy novedoso en México y de legislación reciente, así que debe seguirse estudiando y aprehendiendo para ir perfectibilizando su adecuada prevención y adecuado sancionamiento.

Así pues día a día van surgiendo nuevas formas de delinquir, por lo que el legislador debe estar siempre bien actualizado, para ir sancionando dichas formas de delinquir e ir previendo las que pudieran derivarse de las mismas.

También creo que sería atinado que en el Código Penal se abriera un capítulo de delitos especiales, ya que como sabemos una gran cantidad de delitos están diseminados por las diversas leyes administrativas existentes y se hace difícil su búsqueda, lo que ocasiona una gran pérdida de tiempo.

Por último creo que no importa la teoría que se utilice, lo importante es lo positivo que la misma pueda aportar a la técnica jurídica, al derecho penal y al Derecho en general; aunque en el presente estudio nos afiliamos a la teoría finalista ya que sus conceptos nos parecieron mas adecuados y nos convencieron. El legislador debería basarse en la técnica jurídica para analizar delitos como éste y que fueran mas eficaces.

Bibliografía

León León, Rodolfo. Costumbres, Usos y Prácticas Mercantiles. Editorial Fiscal y Laboral. México 1991.

León León, Rodolfo. Regulación del Uso de Información Privilegiada en el Mercado de Valores Mexicano. (2da edición). Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros.

Memoria del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Bursátil. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros A.C.

Memoria del Tercer Encuentro Internacional de Derecho Bursátil. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros A.C.

León León, Rodolfo. Naturaleza de las Funciones de los Consejeros de las Casas de Bolsa y los Delitos Especiales. Academia Mexicana de Derecho Bursátil y de los Mercados Financieros, A.C.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa, 1991, México.

Porte Pettit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México, 1994, Sexta Edición.

Derecho Penal Mexicano I. Temis, Bogota, 1994, Cuarta Edición.

Manual de Introducción a las Ciencias Penales, México, Porrúa, 1996.

Acosta Romero y Lopez Betancourt. Delitos Especiales. Segunda Edición. Porrúa, 1990.

Heyman Thimothy. La Inversión Extranjera en México. Edit. Universidad del Valle de México, México, 1981.

Acosta Romero Miguel. Derecho Bancario. Porrúa, 1981, México.

Conde Muñoz, Francisco. Introducción al Estudio del Derecho Penal. Barcelona, 1975.

Conde Muñoz, Francisco. La Teoría del Delito. Barcelona, 1994.

Igartúa, Araiza, Octavio. Introducción al Estudio del Derecho Bursátil. México, Edit. Porrúa, 1988

Longstreth, Bevis. Información Privilegiada. Tercer Encuentro Internacional de Derecho Bursátil. Academia Mexicana de Derecho Bursátil.

Apuntes de Derecho Bursátil, Academia Mexicana de Derecho Bursátil. México, 1993.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México, 1985.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, 1982.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1964.

Mezger, Edmund. Derecho Penal, Parte General. Barcelona 1962.

Osorio y Nieto, Cesar Augusto. Delitos Federales. Edit. Porrúa, Segunda Edición, México, 1995.

Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General. Edit. Porrúa, México, 1988.

Legislación Consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley del Mercado de Valores.

Ley de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Operaciones y Títulos de Crédito.

Código Penal en Materia del Fuero Común para el Distrito Federal y en Materia Federal para toda la República

Código de Ética Bursátil.

Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores.